



МЕЖДУНАРОДНЫЙ ПАКТ
О ГРАЖДАНСКИХ
И ПОЛИТИЧЕСКИХ
ПРАВАХ

Distr.
GENERAL

CCPR/C/81/Add.8
26 May 1995

RUSSIAN
Original: FRENCH

КОМИТЕТ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

РАССМОТРЕНИЕ ДОКЛАДОВ, ПРЕДСТАВЛЕННЫХ ГОСУДАРСТВАМИ-УЧАСТНИКАМИ
В СООТВЕТСТВИИ СО СТАТЬЕЙ 40 ПАКТА

Первоначальные доклады государств-участников, подлежащие
представлению в 1993 году

Добавление

ШВЕЙЦАРИЯ

[24 февраля 1995 года]

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
Введение		4
Перечень основных использованных сокращений		5
Перечень приложений		6
Статья 1	1 - 7	8
Статья 2	8 - 27	9
Статья 3	28 - 58	14
Статья 4	59 - 65	22
Статья 5	66 - 67	24
Статья 6	68 - 77	24
Статья 7	78 - 102	27
Статья 8	103 - 114	34
Статья 9	115 - 141	37
Статья 10	142 - 185	45
Статья 11	186	57
Статья 12	187 - 214	57
Статья 13	215 - 228	63
Статья 14	229 - 302	66
Статья 15	303 - 305	88
Статья 16	306 - 309	89
Статья 17	310 - 347	89

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

		<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
Статья 18		348 - 358	100
Статья 19		359 - 374	103
Статья 20		375 - 380	107
Статья 21		381 - 387	108
Статья 22		388 - 412	110
Статья 23		413 - 432	117
Статья 24		433 - 450	124
Статья 25		451 - 476	129
Статья 26		477 - 485	136
Статья 27		486 - 500	138

Введение

Федеральный совет имеет честь представить Комитету по правам человека Организации Объединенных Наций первоначальный доклад Швейцарии, подготовленный в соответствии со статьей 40 Международного пакта о гражданских и политических правах. Этот доклад надлежит рассматривать совместно с базовым документом, представляющим собой первую часть докладов Швейцарии (HRI/CORE/1/Add.29), а также с сопровождающими его приложениями. В целом в докладе отражено состояние законодательства на 31 июля 1994 года.

В настоящем докладе постатейно описываются меры законодательного, административного, судебного и иного характера, принимаемые в Швейцарии и касающиеся прав, гарантируемых Пактом. Помимо простого изложения правового режима и законодательства в докладе сделана попытка описать реальную ситуацию в области защиты гражданских и политических прав.

В связи с тем, что для Швейцарии характерно федеративное государственное устройство, при котором суверенитет 26 кантонов и полукантонов, образующих Швейцарскую Конфедерацию, распространяется на широкие области компетенции, некоторые содержащиеся в настоящем докладе данные представлены в форме норм общего характера, действующих для всей совокупности национальной территории. Так обстоит дело, в частности, в области процедурных гарантий или системы исполнения наказаний, для которых подробное описание 26 кантональных правовых порядков совместно с федеральными нормами являлось совершенно невозможным. Однако в тех случаях, когда это представлялось необходимым, в настоящий доклад включались ссылки на соответствующие кантональные законы.

Федеральный совет выражает надежду на то, что представляемый первоначальный доклад будет отвечать ожиданиям Комитета по правам человека и что его рассмотрение позволит провести плодотворный диалог.

Настоящий доклад утвержден Федеральным советом 15 февраля 1995 года.

Перечень основных использованных сокращений

Законодательные документы

Конст.:	Федеральная конституция Швейцарской Конфедерации от 29 мая 1874 года
ЕКПЧ:	Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 1 ноября 1950 года
УК:	Швейцарский Уголовный кодекс от 21 декабря 1937 года
ВУК:	Военно-уголовный кодекс от 13 июня 1927 года
ШГК:	Швейцарский Гражданский кодекс от 10 декабря 1907 года
ОК:	Обязательственный кодекс от 30 марта 1911 года
УПЗ:	Федеральный уголовно-процессуальный закон от 15 июня 1924 года
ФЗС:	Федеральный закон о судоустройстве
ЗЗД:	Федеральный закон о защите данных от 16 июня 1992 года
УЗЗД:	Указ о введении в действие Федерального закона о защите данных личного характера от 14 июня 1993 года
УРРМИ:	Указ о выдаче разрешений на рассекречивание в области медицинских исследований от 14 июня 1992 года
УПК:	Уголовно-процессуальный (кантональный) кодекс

Сводные правовых документов и периодика

ПФС:	Официальный сборник постановлений швейцарского Федерального суда
СР:	Сборник решений и докладов Европейской комиссии по правам человека
ZBl.:	Schweizerisches Zentralblatt für Staats-und Verwaltungsrecht
ВСО:	Вестник судебных органов
ШЖМЕП:	Швейцарский журнал международного и европейского права (ранее АСДИ)
ЖШП:	Журнал швейцарского права

Перечень приложений*

Законодательные документы

1. Федеральная конституция Швейцарской Конфедерации от 29 мая 1874 года (Систематическое собрание законов - СС 101)
2. Швейцарский Уголовный кодекс от 21 декабря 1937 года (СС 311)
3. Военно-уголовный кодекс от 13 июня 1927 года (СС 321)
4. Швейцарский Гражданский кодекс от 10 декабря 1907 года (СС 210)
5. Обязательственный кодекс от 30 марта 1911 года (СС 220)
6. Федеральный закон о статусе государственных служащих от 30 июня 1927 года (СС 127.221.1)
7. Федеральный закон об ответственности Конфедерации, сотрудников ее органов и ее должностных лиц от 14 марта 1958 года (СС 170.32)
8. Свод федеральных процессуальных законов (содержит, в частности, Федеральный уголовно-процессуальный закон от 15 июня 1934 года и Федеральный закон о судостроительстве от 16 декабря 1943 года)
9. Федеральный закон о защите данных от 19 июня 1992 года
10. Сборник федеральных законов о пребывании и постоянном проживании иностранцев (СС 142.20 и т.д.)
11. Федеральный закон о политических правах от 17 декабря 1976 года (СС 161.1)

* Члены Комитета могут ознакомиться с приложениями в архивах Секретариата.

Документы

12. Ответ правительства Швейцарии Генеральному директору Международной организации труда на вопрос о мерах по борьбе против апартеида от 10 ноября 1992 года
13. Обращение Федерального совета по вопросу о Федеральном законе о равенстве женщин и мужчин от 24 февраля 1993 года
14. Доклад Федерального совета Швейцарии о визите представителей Европейского комитета против пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (КПП) и изложение позиции Федерального совета
15. Ответ правительства Швейцарии Специальному докладчику Комиссии по правам человека по вопросам религиозной нетерпимости (резолюция 1990/27 от 2 марта 1990 года)
16. Krummenacher, I.: "Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern, Auswertungen von Daten aus dem Kanton Genf", in Volkswirtschaft 4/93, p. 38ss.
17. Malinverni, G.: "Fédéralisme et protection des minorités en Suisse", доклад, представленный Европейской комиссии за развитие демократии посредством права, документ CDL (91) 21, от 8 октября 1991 года
18. "Enfance maltraitée en Suisse", окончательный доклад, представленный начальнику Федерального департамента внутренних дел Рабочей группой по вопросу о жестоком обращении с детьми, июнь 1992 года
19. Швейцарская академия медицинских наук: Нормы медицинской этики
20. Статистические данные об отказе от прохождения военной службы за 1992 год
21. Статистические данные о количестве забастовок и локаутов, о затрагиваемых ими предприятиях и трудящихся и о потерянных рабочих днях за период 1975-1991 годов
22. Типовой контракт-ангажемент артистов, подготовленный Швейцарской ассоциацией кафе-концертов, кабаре, дансингов и дискотек
23. Статистические данные о приговорах уголовных судов по делам несовершеннолетних в 1993 году
24. "Vers l'égalité?", Статистический обзор положения женщин и мужчин в Швейцарии, Федеральное статистическое управление, Берн, 1993 год

Статья 1

Пункт 1

1. Создавая федеративное государство, 26 кантонов и полукантонов, образующих Швейцарскую Конфедерацию, отказались от своего суверенитета в пользу центральной власти. Это, в частности, выражается в том, что какой-либо кантон может быть поставлен перед фактом изменения Федеральной конституции вопреки его желанию, поскольку Конституция действительно может быть изменена двойным большинством, а именно населения и кантонов. Кроме того, кантон не располагает правом на отделение; в гипотетической ситуации, при которой какой-либо кантон изъявил бы желание выйти из состава Конфедерации, это могло бы иметь место лишь по решению, принятому большинством его жителей, имеющих право на участие в голосовании, и после проведения общенародного голосования и голосования по кантонам относительно соответствующего изменения Федеральной конституции. В 1978 году подобная процедура привела к созданию кантона Юра, территория которого до этого времени являлась частью кантона Берн.

2. Тем не менее кантоны остаются в значительной степени самостоятельными и свободно определяют свою политическую организацию при наличии гарантии, которую Федеральное собрание предоставляет их конституциям. Такая гарантия предоставляется в том случае, если кантональная конституция не содержит положений, противоречащих Федеральной конституции, обеспечивает осуществление политических прав на основе репрезентативных республиканских или демократических форм, принята народом и может быть пересмотрена по желанию абсолютного большинства граждан (статья 6 Федеральной конституции). В случае отказа в предоставлении гарантии, кантональное конституционное право, не соответствующее таким условиям, лишается всякой юридической силы *ex tunc*.

3. В отношении системы, обеспечивающей волеизъявление народа на федеральном уровне, можно сослаться на пункты базового документа, составляющего общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29), которые посвящены организации федеральных органов, правам выдвижения конституционной инициативы и проведения референдума по вопросам законодательства. Здесь мы лишь подчеркнем значение прав населения, гарантирующих или предоставляющих гражданам возможность высказываться по значительному числу вопросов федерального, кантонального или общинного масштаба.

Пункт 2

4. Доля природных ресурсов в экономической жизни страны ограничена. Экономическое развитие связано скорее с сектором обрабатывающей промышленности и сектором услуг, причем экспортные отрасли промышленности играют в этом плане существенную роль. Сознвая растущую взаимозависимость национальных экономик, Швейцария проводит политику, способствующую развитию более справедливого обмена, в частности с развивающимися странами 1/.

5. В статье 31 Конституции гарантируется свобода торговли и промышленности. Практическое осуществление этой свободы выражается в том, что освоением природных ресурсов страны занимаются, как правило, частные предприятия или частные лица. Однако Конфедерация и кантоны сохраняют за собой монополию на некоторые виды деятельности, такие, как производство и продажа пороха (статья 41 Конституции) или эксплуатация соляных месторождений (кантон Во). Эффект перераспределения богатств обеспечивается кантональным или федеральным налоговым законодательством, которое выносится на общенародное голосование.

Пункт 3

6. Швейцария придает очень большое значение уважению международных договорных или обычных норм, регулирующих межгосударственные отношения. Она воздерживается от любого вмешательства во внутренние дела других государств, соблюдая свои международные обязательства.

7. Швейцария выступает за уважение прав человеческой личности и гуманитарного права. В качестве государства - депозитария четырех Женевских конвенций о защите жертв войны, а также двух Дополнительных протоколов к ним она активно выступает в поддержку деятельности Международного комитета Красного Креста, напоминая всем сторонам вооруженного конфликта их обязательства по этим договорам. Федеральный совет безоговорочно осуждал политику апартеида со времени проведения Конференции Организации Объединенных Наций по правам человека, состоявшейся в Тегеране в 1968 году 2/.

Статья 2

Пункты 1 и 2

1. Общие положения

8. В ходе рассмотрения различных статей Пакта будет показано, что закрепленные в них права широко признаны в швейцарском праве. В пункте 1 статьи 4 Федеральной конституции (содержится в приложении к докладу) общий принцип равенства всех граждан без какой-либо дискриминации изложен в следующей редакции:

Статья 4

"Все швейцарцы равны перед законом. В Швейцарии не существует ни различий, ни привилегий по признаку местожительства, рождения, личного статуса или сословного положения".

9. Второй пункт этой статьи, принятый в 1981 году, который касается непосредственно равенства мужчин и женщин, будет рассмотрен в главе, посвященной статье 3 Пакта.

10. Основной целью пункта 1 статьи 4 Конституции изначально являлись достижение политического равенства граждан, обеспечение равенства всех кантонов и исключение привилегий, связанных с местом проживания и рождением. Однако уже давно юридическое равенство приобрело характер общего принципа, регулирующего весь швейцарский правопорядок. Оно проявляется как в области законодательства (равенство по закону), так и в области правоприменения (равенство перед законом).

11. В качестве конституционного принципа равенство предполагает, главным образом, запрещение неоправданных различий, а также, в определенной степени, полномочия, данные законодателю по сокращению социального неравенства и расширению возможностей развития личности. В этой связи, согласно ряду разделов Конституции, на Конфедерацию возлагается задача улучшить положение в области равенства возможностей. Так, в частности, обстоит дело в сфере государственного образования и профессиональной подготовки (пункты 2 и 4 статьи 27, статьи 27-кватор и пункт 1 g) статьи 31-тер Конституции), социального страхования (статьи 34-бис, кватор, - квинквиес, - новиес Конституции) или защиты прав трудящихся (статьи 34 и 34-тер Конституции). Следует отметить, что в соответствии с пунктом 1 3) статьи 113 Конституции Федеральный суд должен применять во всех случаях федеральные законы и постановления общего характера, принятые Федеральным собранием, а также ратифицированные им договоры. Хотя это положение имеет демократическую направленность, позволяя избежать объявления какой-либо судебной инстанцией неконституционным проекта, представленного на факультативный общенародный референдум и принятого на нем, пусть даже молчаливым согласием, оно тем не менее препятствует осуществлению контроля за конституционностью федеральных законов и, следовательно, за их соответствием основным конституционным правам. Можно также говорить об отсутствии полного конституционного контроля на федеральном уровне. Норма, изложенная в статье 113 Конституции, не препятствует, однако, Федеральному суду констатировать несовместимость какого-либо федерального закона с положениями Конституции, побуждая таким образом законодателя к исправлению положения.

12. Одна из особенностей статьи 4 Конституции Швейцарии состоит в количестве и важности конституционных прав и принципов, которые были извлечены из нее Федеральным судом в ходе его правовой практики. Ряд этих правовых норм, которые весьма разнообразны (равенство обращения, защита доброй воли, запрещение отказывать в правосудии, неоправданно задерживать принятие решения и проявлять чрезмерный формализм, право на рассмотрение дела и на бесплатную правовую помощь, принцип законности и пропорциональности, принцип отсутствия у правовых норм обратной силы), будут рассмотрены ниже в настоящем докладе, в частности в главе, посвященной статье 14 Пакта.

13. Вопреки букве статьи 4 Конституции, правообладателями являются не только швейцарцы, но также и иностранцы 3/. Равенство является универсально применимым правом человека. Однако статус иностранца может объективно обусловить различие в обращении в тех случаях, когда швейцарское гражданство играет определяющую роль в регламентировании тех или иных явлений. Также обстоит дело с политическими правами и обязанностями. Аналогичным образом статья 69-тер Конституции наделяет Конфедерацию правом принимать законы относительно въезда, выезда, пребывания и постоянного проживания иностранцев 4/.

14. Политическим выступлениям иностранцев посвящено федеральное постановление 1948 года (см. ниже материалы к статье 19). Доступ к высшим эшелонам государственной службы на общинном, кантональном или федеральном уровнях, как правило, имеют граждане страны, что, впрочем, допускается на основании статьи 25 Пакта. Аналогичным образом, согласно правовой практике, законное лишение иностранцев доступа к некоторым профессиям соответствует положениям статьи 4 Конституции. Так, например, Федеральный суд постановил, что заниматься адвокатской практикой могут лишь швейцарские граждане, допустив при этом некоторые исключения, в особенности когда представляется нерациональным требовать предварительного получения швейцарского гражданства от кандидата, намеренного вступить в коллегию адвокатов (например, от иностранных юристов, изучавших право в Швейцарии) 5/. Наконец, следует отметить, что в своей недавней правовой практике Федеральный суд допустил распространение свободы торговли и промышленной деятельности (статья 31 Конституции) на иностранцев, имеющих разрешение на постоянное проживание при условии, что они удовлетворяют законным требованиям, предъявляемым к деятельности по некоторым профессиям 6/.

15. Юридические лица частного права также могут ссылаться на статью 4 Конституции. Однако юридическим лицам публичного права такая возможность гарантируется лишь в рамках определенных ограничений.

16. Как на федеральном, так и на кантональном уровне государство следит за соблюдением равенства условий доступа к государственной службе 7/. Особые усилия предпринимаются с целью поощрения доступа женщин ко всем уровням государственной службы (по этому вопросу см. ниже материалы к статье 3 Пакта).

2. Конкретные меры по борьбе с некоторыми формами дискриминации

а) Раса и цвет кожи

17. Присоединение Швейцарии к Международной конвенции 1965 года о ликвидации всех форм расовой дискриминации было одобрено парламентом весной 1993 года. По этому случаю федеральные палаты также одобрили изменение уголовного законодательства в целях пресечения расовой дискриминации. Предложение о проведении референдума по этим новым статьям Уголовного кодекса и Военно-уголовного кодекса набрало достаточное

количество подписей; в этой связи изменение Уголовного кодекса было вынесено на всенародное одобрение и получило поддержку 25 сентября 1994 года. Новые положения уголовного закона, по всей вероятности, войдут в силу с 1 января 1995 года.

18. В настоящее время ряд противоправных деяний, совершенных по расовым мотивам, могут стать предметом уголовного преследования на основании действующего законодательства, в частности преступления против жизни и физической неприкосновенности, достоинства, свободы, а также преступления и правонарушения, представляющие собой общественную опасность (в частности, умышленный поджог), и, хотя и в ограниченных пределах, правонарушения против чести и достоинства. Однако действующее право не охватывает все аспекты данной проблемы. В частности, пропаганда расизма или минимизация геноцида и преследований на расовой почве не являются четко наказуемыми.

19. Как уже отмечалось, с целью приведения в соответствие швейцарского права с положениями Конвенции, Уголовный кодекс и Военно-уголовный кодекс надлежало дополнить двумя статьями, предусматривающими меру наказания в виде уплаты штрафа или лишения свободы за расовую дискриминацию, в частности за призывы к расовой, этнической или религиозной ненависти, за пропаганду идеологии, систематически принижающей какую-либо расовую, этническую или религиозную группу, за отказ от предоставления государственных пособий по расовым мотивам и за посягательство на человеческое достоинство личности в связи с ее принадлежностью к какой-либо расе, этнической группе или религии. В профилактическом плане федеральная администрация обсуждает вопрос о возможном учреждении федеральной комиссии по борьбе против расизма, задачи которой еще предстоит определить.

b) Пол

20. Соответствующие вопросы рассматриваются в главе, посвященной статье 3 Пакта.

c) Язык

21. Швейцария, будучи многоязычным государством, на территории которого сосуществуют три официальных языка, к которым добавляется четвертый государственный язык (ретороманский), хорошо осознает трудности, которые могут возникнуть в связи с признанием и практическим осуществлением свободы языков. Швейцарский режим в данной области будет описан в главе, посвященной статье 27 Пакта.

d) Убеждения и религия

22. Этому вопросу посвящены главы, касающиеся статей 18 и 19 Пакта.

Пункт 3

23. Это положение соответствует статье 13 ЕКПЧ, вступившей в силу для Швейцарии в 1974 году. Любое лицо, заявляющее о том, что его гражданские или политические права, гарантируемые Пактом, были нарушены, в принципе располагает действенными средствами правовой защиты. Органы, компетентные в вопросах прав человека, а также средства правовой защиты, которыми располагает лицо, заявляющее о нарушении его прав, были перечислены и описаны в базовом документе, представляющем собой общую часть настоящего доклада.

24. В случае нарушений, совершенных лицом, находящимся при исполнении своих служебных обязанностей, кантональное и федеральное законодательство об ответственности государства, сотрудников его органов и его должностных лиц предусматривает в целом следующий режим 8/.

а) Ответственность за нанесенный ущерб: государство несет ответственность за ущерб, противоправно нанесенный третьей стороне каким-либо из его должностных лиц при исполнении им служебных обязанностей, поскольку ущемленное в своих правах лицо не имеет возможности предъявить иск допустившему нарушение чиновнику. Государство, напротив, может предъявить регрессный иск должностному лицу при наличии в его действиях умысла или в случае серьезной небрежности.

б) Уголовная ответственность: на федеральном уровне необходимо разрешение федеральных палат для возбуждения уголовного преследования парламентариев или магистратов, избранных Федеральным собранием, по обвинению в нарушениях, относящихся к области их деятельности или обусловленных их официальным положением (лишение парламентской неприкосновенности). Аналогичным образом, исключая нарушения правил дорожного движения, должностные лица могут подвергаться преследованию в судебном порядке лишь с разрешения федерального департамента юстиции и полиции.

25. Федеральные палаты выдают такие разрешения по собственному усмотрению; однако при видимом наличии условий, необходимых для возбуждения уголовного преследования, федеральный департамент может отказать в выдаче разрешения лишь в случае малозначительных нарушений. Его отрицательное решение может быть обжаловано в федеральном суде ущемленным в своих правах лицом или государственным обвинителем кантона, в котором было совершено нарушение. На кантональном уровне соответствующие законы устанавливают систему, аналогичную изложенной выше.

26. На основании статьи 4 Конст. Федеральный суд запрещает формальный отказ в правосудии, необоснованную задержку в принятии решений и проявление чрезмерного формализма. Эти три гарантии позволяют обеспечить вынесение решения компетентным органом по вопросам, касающимся прав обращающегося в этот орган лица, в соответствии с пунктом 3 б) статьи 2 Пакта. Под формальным отказом в правосудии понимаются

действия органа, ясно отказывающегося или молчаливо воздерживающегося от вынесения решения, которое он обязан вынести 9/. Неоправданную задержку в вынесении решения допускает орган, не принимающий решения, которое он должен вынести в установленные законом сроки или в такие сроки, которые представляются разумными в связи с характером и значимостью дела, а также ввиду любых других обстоятельств 10/. Наконец, нарушение статьи 4 Конст. имеет место тогда, когда призванный принимать решение орган допускает чрезмерный формализм, который не оправдывается никаким требующим защиты интересом и без надобности осложняет применение материального права 11/. В подобных случаях апелляционный орган предписывает органу, привлеченному в качестве ответчика по апелляции, безотлагательно вынести свое решение. Однако для сохранения институционального плюрализма апелляционный орган не выносит решения вместо компетентного органа.

27. Одной из функций исполнительной власти является наблюдение за надлежащим выполнением правовых норм, а также вступивших в силу решений и постановлений путем применения, в случае необходимости, соответствующих мер принуждения.

Статья 3

1. Конституционные и законодательные аспекты

28. Пункт 2 статьи 4 Федеральной конституции гласит:

"Мужчины и женщины равны в правах. Закон предусматривает равенство, в частности, в таких областях, как семейная жизнь, образование и трудовая деятельность. Мужчины и женщины имеют право на равную плату за равный труд".

29. Это положение, принятое народом и кантонами 14 июня 1981 года, содержит три элемента: прежде всего оно закрепляет основное право (первое предложение); во-вторых, оно наделяет законодателя полномочиями по обеспечению равенства (второе предложение), и, наконец, оно гарантирует право на равную заработную плату в качестве основного особого права (последнее предложение).

30. Указанный принцип (пункт 2 статьи 4, первое предложение) имеет тройственный характер: во-первых, он представляет собой императивную норму, обязательную для всех государственных органов. В то же время речь идет об основном праве непосредственного применения, которое могут отстаивать в судах как мужчины, так и женщины.

31. В первом предложении пункта 1 статьи 4 содержится запрещение проводить любые различия по признаку пола. Из этого запрещения допускаются лишь два вида исключений. Прежде всего исключения, вытекающие из других конституционных положений: в настоящее время сохранились лишь статьи 18 и 22-бис Конст., в соответствии с которыми женщины освобождаются от прохождения военной службы 12/ и гражданской обороны. Но, с другой стороны, различие в обращении может оправдываться

и даже предписываться в тех случаях, когда биологические различия абсолютно исключают равное обращение. Так, например, охрана беременности или материнства может оправдывать различия в обращении.

32. Законодательные полномочия (пункт 2 статьи 4, второе предложение): равенство прав, а также равенство возможностей мужчин и женщин должны обеспечиваться в первую очередь законодателем, который наделяется в этом плане четкими конституционными полномочиями, в частности в трех ключевых областях, а именно в области семейных отношений, образования и труда. На всех уровнях - федеральном, кантональном и общинном - разрабатываемые нормы должны гарантировать правовой паритет и содействовать фактическому равенству мужчин и женщин.

33. Второе предложение пункта 2 статьи 4 позволяет законодателю принимать меры в защиту женщин, с тем чтобы исключить фактическую дискриминацию, жертвами которой они являются в обществе (позитивные меры). Такие меры представляют собой отступление от принципа запрещения дискриминации, содержащегося в первом предложении пункта 2 статьи 4; однако они допустимы с точки зрения второго предложения пункта 2 статьи 4 при условии, что они будут основываться на принципе пропорциональности (адекватность, необходимость, вспомогательный характер, сопоставление интересов с другими затрагиваемыми общественными интересами) и иметь достаточную правовую базу.

34. Связанные с этим положением законодательные полномочия постепенно реализуются. Руководствуясь парламентской инициативой ("резолуцией"), Федеральный совет опубликовал в 1986 году доклад о законодательной программе "Равенство прав мужчин и женщин". В этой программе установлен перечень норм, не соответствующих принципу равенства мужчин и женщин, в целях их отмены или изменения. В настоящее время проведение некоторых реформ уже завершено, однако ряд других находятся еще в стадии осуществления или ждут своей очереди.

35. В отношении уже устраненного неравенства следует упомянуть в первую очередь право избирать и быть избранным, предоставленное женщинам на федеральном уровне по результатам голосования 7 февраля 1971 года после нескольких неудачных попыток. Хотя в некоторых кантонах женщины уже пользовались этим правом ранее (в Невшателе и Во с 1959 года; в Женеве - с 1960 года; в Базель-Штадте - с 1966 года; в Тичино - с 1969 года; в Вале, Базель-Ланде, Люцерне и Цюрихе - с 1970 года), другие кантоны затягивали его предоставление женщинам. Лишь после принятия Федеральным судом постановления от 27 ноября 1990 года на основе пункта 2 статьи 4 Конституции полукантон Аппенцель-Аусерроден последним признал за женщинами право избирать и быть избранными на кантональном и общинном уровне.

36. С 1 января 1988 года действуют пересмотренные правовые нормы, касающиеся брачных отношений. Новые нормы способствовали, в частности, отмене преобладающей роли мужчины в семье, установив партнерство супругов на основе равенства прав и обязанностей. В этих нормах усилено значение, придаваемое задачам воспитания, ухода за детьми, а также ведению домашнего хозяйства в сопоставлении с профессиональной

деятельностью. Права наследования оставшегося в живых супруга были укреплены, при соблюдении равенства супругов в рамках обычного матримониального режима (режим владения общим имуществом супругов). Наконец, женщина может отныне, если она того пожелает, сохранить свою девичью фамилию после вступления в брак. Она прибавляет к своей фамилии фамилию мужа, которая становится фамилией детей 13/.

37. Отметим, что разделы Гражданского кодекса, касающиеся заключения брака, развода, гражданского состояния, родства, алиментов и опеки, в настоящее время находится в стадии пересмотра.

38. В области приобретения и утраты швейцарского гражданства закон также подвергся изменениям в направлении обеспечения равенства мужчин и женщин. Новое законодательство, вступившее в силу с 1 января 1992 года, устанавливает одинаковые условия для обоих полов в области приобретения гражданства. Если ранее женщина приобретала швейцарское гражданство, вступая в брак со швейцарским гражданином, то отныне иностранцы, вступающие в брак со швейцаркой или швейцарцем, пользуются, невзирая на их пол, упрощенными условиями натурализации. Что касается швейцарки, выходящей замуж за иностранца, то она отныне не теряет в этой связи швейцарское гражданство (как это имело место ранее, если только она не сделает на этот счет соответствующего заявления) 14/.

39. В закон о пребывании и постоянном проживании иностранцев также были внесены некоторые изменения. С 1 января 1992 года супруги-иностранцы(ки) швейцарских граждан имеют одинаковое право на получение или продление разрешений на пребывание. Равенство полов соблюдается также в области выдачи разрешений на постоянное проживание.

40. В стадии пересмотра находится также законодательство в области социального страхования и права на труд, а в стадии разработки - законопроект о страховании по беременности и родам. Эти вопросы будут рассмотрены в первоначальном докладе Швейцарии о выполнении Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах.

41. Равная заработная плата (пункт 2 статьи 4, третье предложение). С учетом значения равенства заработной платы ему посвящено отдельное положение. Право на равную заработную плату является одновременно основным правом и императивной нормой гражданского права. В отличие от других индивидуальных прав, которые подлежат защите лишь от действий государственных органов, защиты этого права можно добиваться в судебном порядке также и в отношениях между частными лицами. В качестве императивной нормы гражданского права это право включается в положения Устава государственных служащих и в нормативные положения о заключении трудовых договоров. Сфера его применения является общей - она распространяется на государственную службу 15/, а также на отношения, регулируемые частным правом. Это право

предполагает, что работницы-женщины и работники-мужчины получают одинаковую заработную плату за равный труд или труд равной ценности. Речь идет не только о собственно заработной плате, но также и о семейных и других пособиях, связанных с трудовой деятельностью. Право на равную оплату охватывает также различные виды деятельности, имеющие одинаковую ценность 16/. Вопрос о том, действует ли принцип равенства внутри одного и того же предприятия или для всей соответствующей отрасли экономики, в частности, когда заработная плата регулируется коллективным трудовым договором, является дискуссионным.

42. Несмотря на то, что вступление в действие пункта 2 статьи 4 Конституции относится к 1981 году и что равенство в области заработной платы представляет собой принцип, обладающий непосредственной исполнительной силой, его осуществление на практике является еще далеко не полным, в особенности на предприятиях частного сектора. Кроме того, можно констатировать, что женщины составляют большинство лиц, выполняющих наименее оплачиваемую работу. Согласно некоторым источникам, женщины все еще получают сегодня заработную плату, размер которой в среднем на 20-40% ниже, чем заработная плата мужчин за труд одинаковой ценности 17/.

43. Существуют также другие факторы неравенства, связанного с трудовой деятельностью; так, в частности, обстоит дело с системами семейных пособий и социального страхования, которые, будучи рассчитаны на лиц, работающих полный рабочий день, ставят в неблагоприятное положение лиц (в большинстве своем женщин), работающих неполный рабочий день. Наконец, почти исключительно женщины рискуют столкнуться с сексуальным домогательством на рабочем месте 18/. Осознавая масштабы и важность задачи, которую надлежит решить в области обеспечения равенства полов в трудовой деятельности, Федеральный совет 24 февраля 1993 года выступил с обращением по вопросу о федеральном законе о равенстве мужчин и женщин. Хотя целью этого законопроекта является, преимущественно, содействие уважению права на равную заработную плату, гарантируемого в последнем предложении пункта 2 статьи 4 Конституции, он также направлен на обеспечение равенства полов в области трудовой деятельности и в более общем плане.

44. Основными новеллами будущего закона являются:

- запрещение любой дискриминации по признаку пола в сфере занятости;
- упрощение процедуры доказывания: когда факт дискриминации правдоподобно излагается какой-либо работницей, бремя доказывания отсутствия дискриминации ложится на работодателя;
- право на предъявление иска и обжалование для профсоюзов и организаций, занимающихся вопросами равенства полов;
- усиление защиты от сексуальных домогательств (см. ниже);

- возможность добиться возмещения ущерба в случае увольнений, используемых в качестве мер реторсии;
- обязательство для кантонов, компетентных в данном вопросе, предусматривать проведение согласительной процедуры.

45. В проекте предусмотрена также финансовая помощь, с тем чтобы способствовать осуществлению государственными и частными организациями программ мероприятий (например, в области профессиональной подготовки), направленных на обеспечение равенства женщин и мужчин. В настоящий момент этот закон находится на рассмотрении парламента и в случае его принятия вступит в силу в 1995 году. Борьба с сексуальным домогательством требует отдельных мероприятий в рамках той деятельности, которую государство должно предпринять для содействия равенству полов в области труда. В самом деле, речь в данном случае идет, по-видимому, о наиболее серьезной форме дискриминации по признаку пола на рабочем месте. Женщины в большей степени подвержены такой дискриминации, поскольку условия их занятости не отличаются стабильностью и они, следовательно, имеют весьма ограниченные возможности защиты, за рамками которых они рискуют подвергнуться ответным мерам. Именно по этой причине законопроект предусматривает ответственность не только лица, предпринимającego подобные действия (такое лицо уже несет уголовную ответственность на основании статей 187 и след. Уголовного кодекса), но также и ответственность работодателя в тех случаях, когда становится очевидным, что он не принял ожидавшихся от него по праву мер с целью предотвращения или пресечения сексуальных домогательств.

46. Разумеется, потребуются новые инициативы в других областях, таких, как социальная и семейная политика или сфера профессиональной подготовки. Причем подобные мероприятия надлежит проводить не только Конфедерации, но также и кантонам и самим социальным партнерам.

2. Практические меры и статистические данные 19/

а) Бюро по вопросам равенства

47. С целью содействовать равенству мужчин и женщин были созданы "бюро по вопросам равенства мужчин и женщин". В настоящее время существует одно бюро на федеральном уровне, а также аналогичные бюро в 12 кантонах и 4 общинах. В ближайшем будущем их количество, очевидно, возрастет. Ниже в качестве примера кратко описана деятельность Федерального бюро по вопросам равенства мужчин и женщин, в задачу которого входит содействие равенству полов во всех областях общественной жизни. Бюро осуществляет мероприятия с целью ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин и разрабатывает решения и меры, направленные на поощрение и обеспечение равенства. Оно работает в сотрудничестве с кантональными, общинными или неправительственными структурами, действующими в этой области. Оно предоставляет консультативные услуги властям и отдельным лицам, организует и поддерживает

мероприятия по поощрению равенства полов. И наконец, ему поручено информировать общественное мнение по вопросам равенства, готовить периодические доклады о своей работе, об осуществлении законодательной программы в области равенства мужчин и женщин, а также о реальном положении дел и достигнутых успехах. В этом контексте Бюро сотрудничает в подготовке докладов, которые Швейцария представляет органам по наблюдению за выполнением договоров в области прав человека. В настоящее время в Федеральном бюро по вопросам равенства, подотчетном федеральному департаменту внутренних дел, работают пять сотрудниц, причем четыре из них работают неполный рабочий день.

b) Представительство женщин в политической жизни и на государственной службе

48. В отношении участия женщин в политической жизни можно привести следующие данные: в мае 1993 года женщины составляли 19,3% парламентариев кантонов. В правительствах девяти кантонов насчитывалась по меньшей мере одна женщина, а состав 17 других был исключительно мужским. По результатам выборов 1991 года 35 женщин (или 17,5%) заседают в Национальном совете и 4 (или 8,7%) - в Совете кантонов. С 1 апреля 1993 года и во второй раз в своей истории Федеральный совет Швейцарии насчитывает в своих рядах одну женщину. В Федеральном суде работают три женщины, одна женщина входит в состав судей-заместителей, а в составе судей, являющихся чрезвычайными заместителями, нет ни одной женщины. Наконец, среди 18 судей Федерального суда по социальному страхованию насчитывается лишь одна женщина.

49. Можно также отметить, что Федеральный совет 18 декабря 1991 года издал директивы по вопросу о поощрении представительства женщин в федеральной администрации. В соответствии с этими директивами в случае открывшейся вакансии при равной квалификации предпочтение должно отдаваться женщинам до тех пор, пока они будут оставаться недопредставленными в администрации. Некоторые кантоны приняли аналогичные нормы. Сводная таблица служащих федеральной администрации в разбивке по категориям оплаты, секторам администрации и половому признаку содержится в приложении.

c) Профессиональная подготовка

50. Число женщин в высших учебных заведениях сокращается по мере того, как повышается уровень подготовки: так, например, аттестат зрелости получает практически одинаковое число девушек и юношей, однако лишь 3 кафедры высших учебных заведений из 100 возглавляются женщинами.

51. В зимнем семестре 1989/90 учебного года девушки составляли 37,7% студентов высших учебных заведений Швейцарии. В настоящее время Женевский университет, среди студентов которого девушки составляют 52,3%, является единственным вузом с

преобладанием женщин. В национальном масштабе 17,9% студенток изучают языки и литературу, 16,6% - выбрали общественные науки или спорт, 11,9% изучают право и 11,2% - медицину. Женщины в наименьшей степени представлены в области точных наук, за исключением архитектуры и наук о земле.

52. Согласно данным Федерального статистического управления, число женщин, получивших профессиональную подготовку, увеличилось за последние 10 лет на 3%. Так, в 1991/92 учебном году женщины составляли 41,6% от общего числа учащихся профессиональных училищ по сравнению лишь с 38,9% в 1980/81 учебном году. Статистические данные за тот же период позволяют выявить медленный, но неуклонный рост числа женщин, работающих по так называемым "мужским" профессиям. Так, например, в промышленности и ремесленном производстве они составляют 9,1% рабочей силы, в то время как 10 лет назад их число составляло 6,6%; для технических профессий это соотношение составляет 23,9% против 19,3%, а для юридических профессий и профессий, связанных с поддержанием общественного порядка, - 17% против 9,7%. Наиболее очевидный прогресс наблюдается в секторе транспорта, где число женщин увеличилось с 32,7% до 47,7% от общей численности занятых в этой области.

d) Заработная плата

53. Обследование, проведенное в 1990 году в области заработной платы и жалования, показывает, что в Швейцарии, как и в других странах, оплата труда женщин, как правило, явно ниже, чем оплата труда мужчин, и что различие в размере заработной платы составляет порядка 30% 20/. Так, например, в 1990 году по всей совокупности трудящихся мужчина получал в среднем 4 620 франков в месяц, а женщина - 3 319 франков. Почасовая заработная плата квалифицированного рабочего составляла 24,50 франка, а зарплата квалифицированной работницы - 16,75 франка. В категории служащих мужчина получал в среднем 5 484 франка в месяц, а женщина - 3 781 франк. Наряду с этим можно констатировать, что эти различия возрастают с ростом уровня подготовки. Так, например, сопоставление годовой заработной платы молодых дипломированных специалистов обоих полов свидетельствует о различии порядка 5 000 франков в среднем (соответственно 8 000 франков в случае лиц, состоящих в браке) в пользу мужчин.

e) Участие женщин в профессиональной жизни

54. Приблизительно 55% женщин в возрасте старше 14 лет выполняют оплачиваемую работу по меньшей мере один час в неделю, в то время как для мужчин эта цифра составляет 80%. Если процентное соотношение между двумя полами сопоставимо для лиц в возрастной категории от 14 до 24 лет (67% которых занимаются такой оплачиваемой деятельностью), то в возрастной категории от 25 до 49 лет лишь 75% женщин по

сравнению с практически 100% мужчин профессионально активны; 56% женщин, имеющих детей в возрасте до 14 лет, занимаются оплачиваемой трудовой деятельностью чаще всего неполный рабочий день.

f) Особенности занятости

55. Среди лиц, занимающихся профессиональной деятельностью неполный рабочий день, женщины составляют 84%. Фактически работа полный рабочий день характерна лишь для молодых женщин, не имеющих детей. Существует очевидная связь между рабочим временем и семейным положением. В большинстве своем женщины занимаются оплачиваемой деятельностью полный рабочий день в тех случаях, когда они не имеют детей в возрасте до 14 лет. Работа неполный рабочий день является, таким образом, отличительной чертой женского труда, в значительной степени обусловленной наличием детей в возрасте до 14 лет. Однако, если работа неполный рабочий день может рассматриваться в качестве блага для женщин в той мере, в которой она позволяет им сочетать приносящую доход деятельность с семейной жизнью, она в равной степени является существенным препятствием на пути к осуществлению подлинного равенства мужчин и женщин. Например, такая форма труда негативно сказывается на предоставлении пособий по социальному страхованию и зачастую не обеспечивает достаточного дохода, для того чтобы позволить женщинам самостоятельно обеспечивать свое существование; наконец, следствием такой работы является закрепление традиционного разделения ролей между полами. Следует учитывать эти факторы при проведении политики, направленной на достижение равенства.

g) Профессиональное положение

56. Мужчины и женщины выполняют неодинаковую работу, идет ли речь о профессиях, отрасли или ступени, занимаемой в профессиональной иерархии. Сквозь призму этих различий проявляется определенная половая сегрегация на рынке труда: перепись населения 1980 года продемонстрировала, что из 541 зарегистрированной профессии около половины более чем на 90% заняты мужчинами. Профессии, в которых женщины составляют более 90%, представляют лишь одну десятую часть от их общего числа.

57. Преобладание женщин ощутимо среди медицинских работников, в сфере образования и других услуг, в области общественного питания и розничной торговли. Напротив, они существенно недопредставлены в промышленности, ремесленном производстве, строительстве, а также в страховом и банковском деле. В некоторых профессиях практически нет ни одного мужчины (операторы по обработке данных, помощники фармацевтов, дипломированные медсестры, воспитатели детских дошкольных учреждений и т.д.). Можно констатировать, что профессии, в которых женщины представлены весьма широко, в целом отражают традиционную роль, отводимую женщинам в обществе, и нередко являются менее престижными и менее оплачиваемыми, нежели типично мужские профессии.

58. В отношении иерархических ступеней профессиональной лестницы можно констатировать, что женщины составляют около трети независимых работников или служащих, выполняющих кадровые функции. На уровне членов правлений предприятий на женщин приходится лишь одна пятая от их общего числа. Доля женщин - руководителей предприятий или генеральных директоров составляет 1,5%, в то время как они занимают 17% постов высших управленческих кадров 21/.

Статья 4

Пункт 1

59. Федеральная конституция 1874 года содержит положения, применимые к чрезвычайным или кризисным ситуациям.

60. На основании статьи 89-бис Конституции федеральные постановления общего характера, введение в действие которых не терпит отлагательств, могут вступать в силу непосредственно после принятия решения большинством членов каждой из двух палат федерального парламента. Срок их действия должен быть ограничен. Если с просьбой о проведении всенародного голосования выступают 50 000 граждан, имеющих право голоса, или 8 кантонов, то федеральные постановления, принимаемые в срочном порядке, теряют свою силу через год после их принятия Федеральным собранием, если они всенародно не одобрены в течение этого срока. Федеральные постановления, отступающие от положений Конституции, должны ратифицироваться всенародным голосованием и кантонами в течение года после их принятия Федеральным собранием; если этого не происходит, они теряют свою силу по истечении этого срока, а их действие не может быть возобновлено. Такие, так называемые чрезвычайные процедуры применимы лишь в отношении правовых актов общего характера, а не отдельных решений по конкретным случаям. Однако они могут распространяться на решения по конкретным вопросам в той мере, в какой последние, в принципе, требуют законной основы.

61. Основываясь на "общей полицейской клаузуле", содержащейся в пункте 10 статьи 102 Конституции, федеральное правительство может также принимать меры по предотвращению любой серьезной опасности, непосредственно угрожающей законному осуществлению государственной власти и даже жизни, здоровью или собственности граждан 22/. Аналогичная компетенция вытекает также из пункта 9 статьи 102 Конституции в случае серьезной угрозы из-за границы для безопасности или независимости страны. Федеральное правительство может воспользоваться этими полномочиями, принимая постановления по конкретным вопросам или нормативные положения. Однако указанная компетенция в принципе не позволяет отступать от Конституции или действующих законов. Так, например, общая полицейская клаузула позволяет лишь дополнять действующие законы, однако не дает права отступления от них. Любое отступление от основных прав должно к тому же соответствовать принципу пропорциональности.

62. К указанным выше конституционным положениям, применимым в чрезвычайных ситуациях, но не позволяющим отступать от основных прав по смыслу статьи 4 Пакта, добавляется понятие права необходимости. Право необходимости является правом, применяемым в тех случаях, когда существование государства находится под угрозой, а конституционные процедуры (включая те из них, которые описаны в предыдущих пунктах) не могут предотвратить опасность. В теории широко признается, что в таких случаях высшие политические органы государства имеют одновременно полномочия и обязанность принимать необходимые меры, поскольку в подобных обстоятельствах нельзя жертвовать существованием государства во имя Конституции. Другими словами, в таких ситуациях, которые ставят под угрозу жизнь людей и существование государства, компетентные органы наделяются полномочиями принимать любые необходимые решения в целях сохранения существования и независимости страны. Такой компетенцией наделяется в первую очередь Федеральное собрание. Когда Федеральное собрание объявляет о введении в действие права необходимости, действие общенародных прав (референдум) приостанавливается. Во вторую очередь такой компетенцией наделяется Федеральный совет. В равной степени возможна передача парламентом своих полномочий Федеральному совету. Такое делегирование полномочий в истории страны имело место дважды, а именно в ходе двух мировых войн 1914-1918 годов и 1939-1945 годов. С тех пор аналогичная ситуация не возникала. Компетенция по введению права необходимости принадлежит Федеральному совету, когда парламент не в состоянии должным образом принимать решения и не может в этой связи воспользоваться своими директивными полномочиями или делегировать полномочия в области права необходимости. До настоящего времени подобная ситуация не имела места.

63. Описанное выше право необходимости регулируется двумя следующими принципами:

- Его введение предполагает наличие подлинного состояния необходимости. В юридическом смысле это может выражаться в действии принципа пропорциональности. Другими словами, меры, не вызываемые состоянием необходимости, должны приниматься на основании обычной конституционной процедуры.
- Осуществление компетенции в области права необходимости должно находиться под политическим контролем Федерального собрания, которому надлежит периодически высказываться по вопросу о сохранении в силе принятых решений. Именно так обстояло дело в ходе двух мировых войн. Лишь в случае невозможности собрать для этой цели даже какую-либо часть членов парламента следует отказаться от такого контроля.

Пункт 2

64. Права, упомянутые в статье 4 настоящего Пакта (как и права, изложенные в пункте 2 статьи 15 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод), не являются в Швейцарии предметом каких-либо посягательств на их основное содержание даже в случае чрезвычайной опасности, угрожающей существованию нации.

65. Касаясь, в частности, права на жизнь (статья 6 Пакта), нужно отметить, что швейцарский законодатель недавно полностью отменил смертную казнь, которой еще карались в Военно-уголовном кодексе наиболее серьезные преступления, совершенные во время войны. Швейцария недавно ратифицировала второй факультативный протокол к настоящему Пакту, взяв на себя, таким образом, международные обязательства более не вводить смертную казнь (см. также ниже материалы к статье 6 Пакта).

Статья 5

Пункт 1

66. Это положение является клаузулой о толковании, которое соответствует статье 17 ЕКПЧ и запрещает злоупотребления как со стороны частного лица, так и со стороны какого-либо государственного органа применительно к осуществлению прав, признаваемых в Пакте. Что касается швейцарского правопорядка, то, помимо прав, закрепленных в Пакте или ЕКПЧ, речь идет об общем принципе, изложенном в статье 2 Гражданского кодекса; суды принимают его во внимание в случае принятия решений по претензиям, цель которых - вызвать коллизию прав, с тем чтобы воспрепятствовать их осуществлению.

Пункт 2

67. В Швейцарии пробел в договоре не имеет никакого последствия *a contrario* для четких договорных или законодательных положений. Из практики Федерального суда, связанной с ЕКПЧ, следует, что эта Конвенция имеет самостоятельное значение лишь в тех случаях, когда она обеспечивает более широкую защиту какого-либо права по сравнению с внутренним законодательством. В подобном случае внутреннее законодательство, являющееся менее благоприятным, не может вступать с ней в коллизию. Этот принцип в равной степени применим к Пакту.

Статья 6

Пункт 1

68. Право на жизнь является высшим правом человеческой личности. Оно гарантируется Федеральной конституцией и статьей 2 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которую Швейцария ратифицировала 28 ноября 1974 года.

69. Первый раздел второй книги Уголовного кодекса Швейцарии (текст прилагается) предусматривает наказание в виде лишения свободы или тюремного заключения (или уплаты штрафа) за различные виды убийства или создание угрозы для жизни других людей, в зависимости от тяжести деяния. Закон карает, в частности, умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах (статья 112 УК), умышленное убийство (статья 111 УК), убийство по просьбе жертвы (статья 114 УК), побуждение к самоубийству и содействие ему (статья 115 УК) и инфантицид (статья 116 УК).

70. Указанные выше положения характеризуются общим применением, и, следовательно, их действие распространяется на сотрудников полиции и других должностных лиц. Правонарушения, совершаемые военнослужащими, проходящими военную службу, чиновниками и государственными служащими Конфедерации и кантонов, в той мере, в какой их деяния затрагивают интересы национальной безопасности, относятся к области военного права и к компетенции военной юстиции, однако остаются подсудными гражданским судам, если речь идет о преступлениях и правонарушениях, не предусмотренных Военно-уголовным кодексом 23/. Как это имеет место в любом правовом порядке, нормы, касающиеся состояния необходимости, необходимой обороны и служебного долга (статьи 32-34 УК), при определенных условиях снимают незаконность посягательства права на жизнь. В пункте 2 статьи 2 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод также перечислены случаи, когда лишение жизни не рассматривается как нарушение этой статьи. Тем не менее необходимо наличие такой ситуации, в которой под угрозой находились бы жизнь или физическая неприкосновенность какого-либо лица, поскольку даже серьезные посягательства на материальные блага не могут оправдать лишение жизни виновного в них лица на основании статей 32-34 УК.

71. Жертвы незаконных посягательств на право на жизнь располагают обычными средствами защиты своего права на компенсацию 24/. В случае необходимости они могут ссылаться на недавно принятый федеральный закон об оказании помощи жертвам правонарушений 25/.

72. Каждый кантон имеет свою собственную полицию, действия которой он регламентирует по своему усмотрению при соблюдении норм федерального права и международных норм, обеспечивающих защиту основных прав личности. В этой связи в целях координации деятельности в марте 1976 года на совещании начальников кантональных управлений полиции было принято "Типовое руководство по применению огнестрельного оружия сотрудниками полиции". Этот документ допускает применение оружия сообразно обстоятельствам и после соответствующего предупреждения (в частности, выстрелов в воздух) в следующих случаях:

- в случае нападения или угрозы неминуемого нападения на сотрудника полиции или третье лицо;

- в том случае, когда лицо, совершившее какое-либо преступление или серьезное правонарушение или с полным основанием подозреваемое в их совершении, пытается скрыться в ходе производимого ареста или задержания;
- в том случае, когда полиция может или должна, на основании полученных сведений или своих собственных заключений, сделать вывод о том, что какое-либо лицо, подвергающее другого человека серьезной и неотвратимой опасности для его жизни или здоровья, пытается скрыться в ходе производимого ареста или задержания;
- с целью освобождения заложника;
- с целью воспрепятствовать серьезному и неотвратимому преступному посягательству на объекты общественного пользования, разрушение которых могло бы нанести обществу значительный ущерб.

73. В каждом из этих случаев сотрудник полиции обязан оказать помощь раненому и немедленно уведомить о случившемся вышестоящего начальника.

74. Типовое руководство было включено в законы и инструкции, регламентирующие деятельность кантональной и общинной полиции всех кантонов. Что касается Федерального суда, то, по его мнению, "при оценке того, может ли сотрудник полиции, и в какой обстановке, применяя табельное оружие, нанести ущерб охраняемому законом имуществу, следует руководствоваться особыми положениями, обычно регулируемыми соответствующую область (служебные инструкции, указы, законы о деятельности полиции)". В этом же постановлении от 13 декабря 1985 года Федеральный суд отметил, что даже в тех случаях, когда сотрудник полиции для оправдания своих действий может сослаться на кантональные нормы, регулирующие его действия, его вмешательство должно тем не менее представляться необходимым и соразмерным обстоятельствам. В заключение Федеральный суд постановил, что цель задержания спасающегося бегством подозреваемого, если он не вооружен и не представляется опасным, как правило, не может оправдывать применение огнестрельного оружия с риском для жизни или физической неприкосновенности беглеца (ПФС III IV 113).

75. Комитет по правам человека в своих замечаниях общего порядка 6 (16) и 14 (23) выразил свою озабоченность в связи с тем, что война и другие акты коллективного насилия продолжают оставаться бедствием для человечества, в результате которого ежегодно погибают тысячи людей. Швейцария разделяет эту озабоченность. В этом состоит одна из причин, по которым Федеральный совет в 1988 году постановил усилить поддержку, оказываемую Швейцарией усилиям международного сообщества в целях мирного урегулирования споров. Швейцария постоянно предоставляет в распоряжение Организации Объединенных Наций наблюдателей и медицинский персонал.

76. Швейцария проводит также политику сотрудничества в целях развития, одним из направлений которой является гуманитарная помощь. Эта помощь прежде всего предназначена для непосредственного облегчения наиболее острых последствий слаборазвитости, а также страданий, вызываемых вооруженными конфликтами или природными бедствиями. Такая помощь предоставляется в различных формах, а именно в виде взносов в денежном выражении или в натуре в различные международные гуманитарные организации, такие, как Верховный комиссариат Организации Объединенных Наций по делам беженцев, Всемирная продовольственная программа или Международный комитет Красного Креста, и в программы взаимопомощи, а также в виде деятельности Швейцарского корпуса по оказанию помощи в случае катастроф и т.д.

Пункты 2-6

77. Будучи отменена статьей 65 Федеральной конституции 1874 года только применительно к политическим преступлениям, смертная казнь была отменена Уголовным кодексом 1937 года, вступившим в силу в 1942 году за любое преступление, совершенное в мирное время, однако была сохранена для военного времени в Военно-уголовном кодексе 1927 года. В 70-х и 80-х годах ряд попыток, направленных либо на отмену смертной казни в военно-уголовном праве, либо на введение ее в обычном уголовном праве, закончились неудачей. Наконец, 1 сентября 1992 года смертная казнь была полностью отменена в Швейцарии. Эта санкция не может быть вновь введена на основании права необходимости даже в случае угрозы неминуемой войны или в военное время. Такой вывод напрашивается, в частности, на основании статьи 2 Факультативного протокола № 6 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, который вступил в силу для Швейцарии 1 ноября 1987 года. В декабре 1993 года Федеральные палаты одобрили ратификацию второго Факультативного протокола к настоящему Пакту. Документ о присоединении Швейцарии к этому протоколу был сдан на хранение 16 июня 1994 года. Этот протокол вступил в силу для Швейцарии 16 сентября 1994 года, и с тех пор отмена смертной казни является окончательной.

Статья 7

Общие принципы

78. Ряд конституционных прав и международных договоров служат в Швейцарии основой для защиты индивида от пыток и жестокого, бесчеловечного или унижающего достоинство обращения. Пункт 2 статьи 65 Федеральной конституции со всей определенностью запрещает применение телесных наказаний. Эта статья категорически запрещает применение санкций, способных непосредственно затронуть физическую неприкосновенность личности 26/.

79. С 1963 года Федеральный суд признает конституционное неписаное право на свободу личности. Он видит в этом условие осуществления всех других свобод личности и, следовательно, универсальное, неотчуждаемое и не подвергающееся действию давности

право. Свобода личности защищает человека в его физической, а также психической неприкосновенности 27/. В этой связи практика федеральных судов рассматривает в качестве неприемлемых такие методы и средства, как пытки, последствиями которых является подавление личности индивида и которые способны вызвать у него серьезные психические нарушения или любым иным образом противоречат достоинству человеческой личности 28/.

80. В статье 3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод запрещаются пытки и бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания. Любое лицо, которое считает себя жертвой нарушения этого положения, может обратиться в судебные органы, предусмотренные Конвенцией.

81. Европейская конвенция о предупреждении пыток и других бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания вступила в силу для Швейцарии 1 февраля 1989 года. Этот договор учреждает механизм внесудебного контроля превентивного характера, основанный на посещениях представителями Европейского комитета по предупреждению пыток любого места содержания под стражей лиц, лишенных свободы по решению какого-либо государственного органа (статья 2). Такое посещение Швейцарии состоялось 21-29 июля 1991 года. По его результатам был подготовлен доклад Европейского комитета против пыток (ЕКП), который был обнародован Федеральным советом 29/. Из выводов этого доклада, в частности, следует, что "делегация ЕКП не зарегистрировала никаких утверждений о применении пыток в тех учреждениях Швейцарии, которые она посетила, и не получила других сведений по этому вопросу" 30/. Однако, говоря о работе комиссариатов полиции, представители Комитета констатировали, что "опасность подвергнуться грубому обращению в ходе задержания нельзя полностью исключить" 31/. В более общем плане Комитет выявил ряд проблем, касающихся условий содержания под стражей, и сделал соответствующие рекомендации, которым весьма часто следуют компетентные органы 32/.

82. Ратифицировав в 1986 году Конвенцию Организации Объединенных Наций против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, Швейцария распространила на универсальный уровень свое обязательство уважать физическую и психическую неприкосновенность личности. На сегодняшний день она представила два доклада в Комитет против пыток, учрежденный на основании этой Конвенции (CAT/C/5/Add.17 и CAT/C/17/Add.12). Настоящий доклад резюмирует основные положения двух указанных докладов, к которым можно обратиться в целях получения более подробной информации.

83. Швейцарский законодатель не возвел пытку как таковую в ранг конкретного правонарушения. Однако Федеральный суд не преминул подчеркнуть, что запрещение пыток и других бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения представляет собой общий принцип международного права, который должен соблюдаться любым органом в качестве нормы *jus cogens* 33/. Швейцарский Федеральный совет считает, что этот

запрет не допускает никаких отступлений, поскольку пытки и бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения являются одним из наиболее серьезных нарушений прав человека 34/.

84. Наказание за совершение деяний, квалифицируемых в качестве пыток 35/, осуществляется на основании специальных положений Уголовного кодекса, который применяется к должностным лицам и другим лицам, действующим в официальном качестве (статья 13 Федерального закона об ответственности Конфедерации; текст прилагается). В данном случае применяются, в частности, статьи 111 и след. УК (убийство), 122 и след. УК (телесные повреждения), 127 и след. УК (угроза жизни или здоровью других лиц), 180 и след. УК (преступления и правонарушения против свободы личности, такие, как угроза или принуждение), 187 и след. УК (правонарушения, касающиеся половой неприкосновенности), 312 УК (злоупотребление служебным положением). Как и все преступления и правонарушения, покушение на преступление, подстрекательство и соучастие также являются наказуемыми (статьи 21-25 УК). В военно-уголовном праве, когда исполнение какого-либо приказа квалифицируется в качестве преступления или правонарушения, лицо, отдавшее приказ, подлежит наказанию как субъект преступления; подчиненный также подлежит наказанию, если он отдает себе отчет (или должен был бы отдавать себе отчет) в том, что, исполняя данный приказ, он участвует в совершении преступления или правонарушения (статья 18 ВУК). Напомним, что Уголовный кодекс Швейцарии и Военно-уголовный кодекс не содержат положений о применении смертной казни или телесных наказаний; и в Военно-уголовный кодекс включены особые положения, предусматривающие наказание за нарушения норм международного права в случае вооруженного конфликта (статьи 108, 109, 112 и 114 ВУК).

85. Информация относительно возмещения, предусматриваемого для жертв применения пыток, а также относительно средств защиты, которыми они располагают, содержится в базовом документе, являющимся первой частью настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29). Что касается ответственности должностных лиц и государственных служащих, то в данном вопросе уместны комментарии, приведенные выше по пункту 3 статьи 2 Пакта. Следует добавить, что на федеральном и кантональном уровнях предусмотрены меры по надзору с целью предупреждения возможного применения пыток должностными лицами к лицам, содержащимся под стражей. Речь, в частности, идет об иерархическом надзоре за проведением уголовного расследования (полномочия по надзору, предоставленные суду второй инстанции или другому органу), об указании частным лицам имеющихся в их распоряжении средств защиты, о надзоре за деятельностью исправительных учреждений и обязательном одобрении их внутреннего регламента исполнительной властью, о создании нескольких надзорных инстанций (следственный судья, прокурор, специальная комиссия, управление полиции и т.д), а также об обязательстве регистрировать в журнале учета факт применения дисциплинарных санкций к лицу, содержащемуся под стражей.

86. Сознавая тот факт, что борьба против применения пыток является обязанностью всего международного сообщества, Швейцария проводит активную политику в данной области. Так, например, в двустороннем и многостороннем планах она выступает за обеспечение

более широкой защиты лиц, лишенных свободы, от применения пыток и жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Например, Швейцария совместно с Коста-Рикой выступила с инициативой разработки проекта факультативного протокола к Конвенции Организации Объединенных Наций против пыток (E/CN.4/1991/66), в котором предусматривается создание Международного комитета независимых экспертов, подчиненного Комитету против пыток (КПП), для осуществления в любое время посещений любого места, в котором лица содержатся под стражей на основании постановления какого-либо государственного органа.

87. Швейцария оказывает финансовую поддержку программам защиты от пыток и помощи жертвам, внося взносы в Фонд Организации Объединенных Наций для жертв пыток, широко участвуя в расходах, связанных с посещениями содержащихся под стражей лиц сотрудниками Международного комитета Красного Креста и оказывая финансовую помощь различным неправительственным организациям (Международная комиссия юристов, Швейцарский комитет против пыток, Всемирная организация против пыток и т.д.)

88. Наряду с этим в плане двусторонних отношений, используя дипломатические каналы, Швейцария в конкретных случаях выступает в защиту граждан любой страны, физическая или психическая неприкосновенность которых подвергается серьезным нарушениям и, в более общем плане, - в защиту лиц, чьи другие основные права, такие, как право на свободу передвижения, на свободу совести или выражения своего мнения, неправомерно нарушаются. С этой целью Федеральный департамент иностранных дел, используя каналы дипломатических представительств, поддерживает в Швейцарии и за границей постоянные контакты с правозащитными организациями, являющимися ценным источником информации.

Особые аспекты

Положения, позволяющие объявлять неприемлемыми в ходе судебного разбирательства признания или другие свидетельства, полученные под пыткой

89. На основании статьи 249 Федерального закона от 15 июня 1934 года о федеральном уголовном процессе кантональные уголовно-процессуальные кодексы закрепляют принцип свободной оценки доказательств судьей. Таким образом, судья располагает полной свободой выносить решение о законности представленных ему доказательств, руководствуясь своими личными убеждениями. Методы доказывания не всегда являются предметом ограничений в кантональных уголовно-процессуальных законах. Однако Федеральный суд в своей практике считает полностью противоречащим швейцарскому правопорядку использование (и, следовательно, приемлемость) некоторых методов доказывания, которые правовое государство ни в коем случае не может допускать. Речь, в частности, идет о случаях принуждения и применения пыток, а также об использовании методов или веществ, способных подавить сознание человека, таких, как, в частности, "сыворотка правды", "детектор лжи" и наркоанализ 36/.

90. Следует отметить также, что в некоторых кантональных конституциях содержится четкое запрещение для уголовно-процессуальных органов прибегать к излишней жесткости или к использованию средств принуждения с целью получения признания. Эти нормы, которые лишь конкретизируют понятие "свободы личности", не имеют собственного значения, обеспечивая защиту индивида вне системы федерального права.

Содержание в тайном месте

91. В своем первоначальном докладе Комитету против пыток (КПП) Швейцария указала, что содержание в тайном месте, предусмотренное в меньшинстве кантонов, является предметом теоретической полемики в связи с запрещением жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения 37/. Речь идет о чрезвычайной мере помещения в одиночную камеру при существенном ограничении контактов обвиняемого с внешним миром на определенное время в особо серьезных случаях, если того требуют цели следствия, которых нельзя достичь иным образом. С учетом этих характеристик данная мера не рассматривалась органами Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод как противоречащая статье 3 ЕКПЧ 38/.

Выдача лиц странам, в которых они могут подвергнуться пыткам

92. В 1966 году Швейцария ратифицировала Европейскую конвенцию о выдаче. По этому случаю Федеральный совет отметил, что выдача стране, в которой применяются телесные наказания, не совместима со швейцарским правопорядком, в частности со статьей 65 Конституции.

93. Этот принцип заложен в Федеральном законе о судебной взаимопомощи в уголовно-правовых вопросах, действующем с 1983 года, который гласит, что выдача "не производится, если ходатайствующее о ней государство не предоставляет гарантии того, что преследуемое лицо не будет подвергнуто смертной казни или что к нему не будут применяться виды обращения, посягающие на его физическую неприкосновенность". Наряду со статьей 3 Конвенции Организации Объединенных Наций против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания и во исполнение статей 3 ЕКПЧ и пункта 2 статьи 3 Конвенции о выдаче, которые Федеральный суд считает императивными нормами международного публичного права, он отказывается отдавать распоряжение о выдаче, если есть основания полагать, что физическая или психическая неприкосновенность личности, подлежащей выдаче, находится под угрозой в ходатайствующем о выдаче государстве 39/. Если при наличии таких обстоятельств выдача все-таки имела место, то она производилась лишь в тех случаях, когда ходатайствующее о выдаче государство давало официальное обязательство гарантировать уважение прав личности. На сегодняшний день только одна страна не выполнила такое обязательство. Если эта страна обратится с новой просьбой о выдаче, то есть основания полагать, что ее просьба не будет удовлетворена.

Недопущение принудительного возвращения

94. Политика Швейцарии в области предоставления убежища основана на применимых принципах обычного и договорного международного права, в частности на принципе недопущения "принудительного возвращения". Федеральный закон о предоставлении убежища (от 5 октября 1979 года) был недавно пересмотрен и вступил в силу 22 июня 1990 года. Внесенные в него поправки уточняют, в частности, условия, не допускающие возвращения просителя убежища, ходатайство которого было отклонено компетентными федеральными органами. Недавние изменения в законодательстве устанавливают равенство обращения со всеми иностранцами, которым надлежит покинуть территорию Швейцарии. Оно уточняет, что возвращение

- лиц, которые не могут рассматриваться в качестве "беженцев" по смыслу положений Конвенции 1951 года о статусе беженцев;
- беженцев, которые больше не могут ссылаться на действие принципа недопущения принудительного возвращения по смыслу статьи 1 Конвенции 1951 года;
- иностранцев, которые должны покинуть Швейцарию,

может производиться лишь тогда, когда оно не нарушает принципа недопущения принудительного возвращения.

95. Действия швейцарских властей в области предоставления убежища направлены, кроме того, на соблюдение принципов Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, в частности ее статьи 3. В связи с каждой просьбой о предоставлении убежища проводится рассмотрение ситуации, в которой оказался проситель убежища. Возвращение в страну происхождения имеет место лишь тогда, когда оказывается невозможным установить наличие конкретной опасности, которая угрожает лично иностранцу 40/.

Медицинские опыты

96. В целом никакое медицинское вмешательство не может быть осуществлено без свободного и просвещенного согласия пациента, что предполагает его информацию практикующим врачом относительно характера и последствий вмешательства, на которое он должен дать предварительное согласие. Такой подход непосредственно обусловлен свободой личности 41/. Этот принцип применим *a fortiori* к медицинским экспериментам на человеке. Следует упомянуть "Руководящие принципы медицинской этики, касающиеся научных экспериментов над человеком", а также "Руководящие принципы организации и деятельности комиссий по вопросам медицинской этики, занимающихся изучением проектов научных экспериментов над человеком" (прилагаются к докладу), разработанные

Швейцарской академией медицинских наук (ШАМН), которые предписывают, что в данной области нормативным принципом является письменное согласие соответствующего лица. Если это лицо является недееспособным, надлежит получить согласие:

- опекуна или попечителя;
- одного из наиболее близких людей, если недееспособный не имеет назначенного законного представителя и можно допустить одобрение указанным лицом соответствующего демарша.

Наконец, лица, свобода которых ограничена по решению какого-либо органа, должны иметь возможность проконсультироваться с адвокатом. Во всех случаях они должны дать свое согласие в письменной форме. Такое согласие ни в коем случае не может быть связано с предоставлением какой-либо льготы.

97. Швейцарская академия медицинских наук является структурой частного права. Благодаря качеству своей работы она приобрела бесспорный моральный авторитет, и ее "руководящие принципы" рассматриваются в Швейцарии как "рекомендательное право", не имеющее, естественно, нормативной силы, однако Федеральный суд опирается на них, признавая, что они соответствуют современному уровню развития науки и отвечают конституционным требованиям.

98. Во всех случаях согласие соответствующего лица ограничено нормами гражданского права, защищающими личность от дачи чрезмерных обязательств (статья 27 Гражданского кодекса), а также принципами уголовного права, согласно которым согласие соответствующего лица не может оправдать ни посягательство на его жизнь ни, в принципе, нанесение серьезных телесных повреждений.

Половые увечья

99. Половые увечья ритуального типа, такие, как эксцизия клитора, квалифицируются, согласно швейцарскому уголовному праву, как нанесение серьезных телесных повреждений, наказуемое по закону. Кроме того, подобная практика рассматривается в качестве бесчеловечного обращения. Следовательно, если какая-либо иностранка, высылаемая из Швейцарии, сможет доказать, что ей угрожает реальная и конкретная опасность подвергнуться такого рода обращению, власти не будут настаивать на ее возвращении в соответствующую страну (см. выше пункт 92 и след.).

Образование в области прав человека для сотрудников правоприменительных органов

100. Образование в области прав человека, включая запрещение применения пыток, является составной частью подготовки персонала пенитенциарных учреждений, сотрудников полиции и военнослужащих. Персонал учреждений по исполнению наказаний и применению мер воздействия проходит базовую подготовку и обучается на курсах

непрерывного образования в Швейцарском центре профессиональной подготовки сотрудников пенитенциарных учреждений. На этих курсах изучается Европейская конвенция о правах человека, основные свободы и конституционное право.

101. Большинство подразделений полиции направляют своих сотрудников на курсы, организуемые Швейцарским институтом полиции в Невшателе. И в этом случае в программу курсов повышения квалификации входит изучение ЕКПЧ. Каждый швейцарский военнотружущий получает учебник и проходит курсы подготовки по проблематике Женевских конвенций. Кроме того, инструкторы, в рамках своей подготовки, изучают курсы международного публичного права.

102. На европейском уровне Швейцария участвовала в разработке "Европейских пенитенциарных норм" (рекомендация (87) 3, принятая Комитетом министров Совета Европы 12 февраля 1987 года), которые являются дополнением к Минимальным стандартным правилам обращения с заключенными, принятым Организацией Объединенных Наций 42/. Эта рекомендация была переведена на немецкий язык и распространена в кантонах. Две другие публикации Совета Европы, одна из которых предназначена для "лиц, ответственных за разработку политики в области профессиональной подготовки сотрудников полиции, инструкторов и полицейских должностных лиц", а другая - для начальников пенитенциарных учреждений, служат руководством при разработке учебных программ.

Статья 8

103. Неписаное конституционное право на свободу личности и статья 4 ЕКПЧ обеспечивают защиту личности от любой формы рабства или подневольного состояния. В уголовном плане, в случае необходимости, применяются главным образом положения, предусматривающие наказание за принуждение (статья 181 УК) или незаконное лишение свободы и похищение (статья 183 УК). Гражданский кодекс и Обязательственный кодекс обеспечивают защиту личности от дачи чрезмерных обязательств (статья 27 ШГК, статьи 20 и 21 ОК).

104. Кроме того, Швейцария является участником Конвенции о рабстве от 25 сентября 1926 года и Протокола о внесении в нее изменений от 7 декабря 1953 года, а также Дополнительной Конвенции об упразднении рабства, работорговли и институтов и обычаев сходных с рабством, от 7 сентября 1956 года. Следует упомянуть также Конвенции МОТ № 29 и 105, участниками которых также является Швейцария, и которые касаются вопросов, связанных с упразднением рабства и принудительного труда.

105. Вопрос об отказе от несения военной службы по религиозно-этическим мотивам и о прохождении военной службы, который затрагивается в пункте 3 с) статьи 8 Пакта, подробно рассмотрен ниже в главе, посвященной статье 18 Пакта. Отметим, что Федеральный суд недавно вынес постановление о том, что ни военная служба, ни служба в подразделениях гражданской обороны не являются принудительным или обязательным трудом по смыслу статьи 4 ЕКПЧ 43/.

106. В соответствии со статьями 37 и след. Уголовного кодекса лица, осужденные к лишению свободы или тюремному заключению, в обязательном порядке привлекаются к труду. По мере возможности им поручается работа, отвечающая их способностям и позволяющая им после освобождения из мест лишения свободы зарабатывать себе на жизнь. Режим лиц, лишенных свободы на короткий срок, несколько отличается от этого, поскольку осужденный имеет возможность самостоятельно найти соответствующий род занятий. В этих случаях принуждение к труду отвечает целям социальной реинтеграции. Согласно практике Федерального суда в вопросах свободы личности, лицо, находящееся в предварительном заключении, не может принуждаться к труду 44/. Наконец, условно-досрочное освобождение может сопровождаться установлением для заключенного норм поведения, в частности применительно к его профессиональной деятельности. По мнению швейцарского правительства, такое регулирование совместимо с пунктом 3 с) статьи 8 Пакта.

107. Наконец, гражданину под угрозой применения санкций может быть предписано выполнение какой-либо работы в случае крайней необходимости или катастрофы, угрожающей жизни общества на национальном, кантональном или местном уровнях. Обязательства перед обществом подчас влекут за собой выполнение определенного рода нагрузки (обязательство заседать в суде в качестве присяжных; работа на общественных началах в службе пожарной охраны) 45/.

108. Швейцарские власти обеспокоены проблемой торговли женщинами и несовершеннолетними в целях проституции. В соответствии с недавно внесенной в Уголовный кодекс поправкой за торговлю людьми предусматривается наказание в виде лишения свободы или тюремного заключения (статья 196 УК). Аналогичным образом, наказуемым является побуждение какого-либо лица к занятию проституцией путем использования отношений зависимости в целях извлечения имущественной выгоды или в том случае, если речь идет о несовершеннолетнем лице мужского или женского пола (статья 195 УК).

109. Однако применение этих положений не обеспечивает решения всех проблем, которые могут возникнуть на практике. Речь, в частности, идет о злоупотреблениях при получении ограниченного по срокам разрешения на пребывание для артисток, работающих в качестве платных партнерш для танцев и хостесс ночных клубов ("гого-гёрлс"). В самом деле, в соответствии с пунктом 3 с) статьи 13 Указа от 6 октября 1986 года об ограничении численности иностранцев 46/, помимо контингентов иностранной рабочей силы, допускается выдача разрешения на пребывание сроком не более 8 месяцев за календарный год иностранцам, желающим заниматься доходной деятельностью в качестве "танцовщиков кабаре, выступающих в музыкально-развлекательных спектаклях". В своих директивах Федеральное управление по делам иностранцев уточнило для сотрудников кантональных органов, занимающихся вопросами иностранцев, что это положение касается лишь тех артистов, которые выступают в художественной программе, а не лиц, нанимаемых исключительно для развлечения клиентов (платные партнерши для танцев, хостессы ночных клубов, "гого-гёрлс" и т.д.). С тем чтобы наилучшим образом обеспечить защиту артистов, Федеральное управление по делам иностранцев установило в своих директивах нижеперечисленные нормы.

110. К любому ходатайству работодателя должны прилагаться два экземпляра трудового договора, подписанного сторонами. С целью исключения злоупотреблений этот договор должен обязательно следовать положениям типового договора Швейцарской ассоциации кафе-концертов, кабаре, дансингов и дискотек (АСКО), одобренного Федеральным управлением по вопросам промышленности, искусства, ремесел и труда 47/. В функции бюро по найму и дирекции соответствующего заведения входит контроль за тем, чтобы артист, чей договор составлен не на его родном языке, ознакомился с положениями указанного соглашения и понял их содержание. В трудовом договоре должны содержаться, в частности, следующие параметры:

- точная характеристика выполняемой работы (например: жанр спектакля, число выходов на сцену и т.д.);
- рабочее время и отпуска;
- согласованная номинальная заработная плата с точным указанием всех необходимых отчислений (налоги; взносы на социальное обеспечение; сбор на трудоустройство, уплачиваемый в бюро по найму, а также любые другие вычеты из заработной платы);
- путевые расходы;
- меры, принимаемые в области обеспечения жильем 48/.

Наконец, кантональные власти, осуществляя контроль, должны удостовериться в том, что положения трудового договора соблюдаются, что работники указанных заведений имеют необходимые разрешения и что выполняемая ими работа соответствует деятельности, указанной в трудовом договоре.

111. Речь идет о щекотливой области, в которой не существует решений на все случаи жизни. В этой связи федеральные и кантональные компетентные органы сохраняют за собой возможность принять дополнительные меры, если таковые окажутся необходимыми; в частности, при возникновении такой ситуации может быть рассмотрен вопрос об изменении действующих правовых норм.

112. Наряду с этим швейцарским представительствам за границей были также разосланы инструкции, предусматривающие личную явку артиста, которому необходима въездная виза, в компетентное швейцарское представительство по месту его законного проживания для получения такой визы.

113. Швейцарское правительство старается также бороться с "секс-туризмом", ориентированным на развивающиеся страны и в, меньшей степени - на страны центральной и восточной Европы. Широкую разъяснительную кампанию в этой области ведет рабочая группа по вопросам торговли женщинами, секс-туризма и проституции, находящаяся в

ведении Федерального бюро по вопросам равенства женщин и мужчин, в состав которой входят представители соответствующих ведомств, а также эксперты частных организаций. Так, например, в 1991 году была подготовлена брошюра о причинах и последствиях секс-туризма, предназначенная для туристов, выезжающих из Швейцарии. Парламент поручил Федеральному совету разработку поправки к Уголовному кодексу, на основании которой можно было бы преследовать в уголовном порядке проживающих в Швейцарии лиц, совершивших половые акты с детьми или занимавшихся торговлей детьми, даже в тех случаях, если такие правонарушения не являются наказуемыми в странах, где они имели место.

114. Хотя швейцарским властям неизвестны случаи торговли детьми в целях пересадки органов, они внимательно следят за эволюцией положения в этой области как в Швейцарии, так и во всем мире. Ратификация Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 года даст Швейцарии дополнительный инструмент в борьбе против практики изъятия органов у детей.

Статья 9

Пункт 1

Общие положения

115. По-видимому, целесообразно сразу напомнить о том, что в соответствии с пунктом 2 статьи 64-бис Федеральной конституции кантоны наделены компетенцией в области судостроительства, а также гражданского, уголовного и административного судопроизводства. В статье 343 Уголовного кодекса признается эта конституционная компетенция кантональных властей возбуждать уголовное преследование и устанавливать в судебном порядке "на основании процессуальных положений кантональных законов наказания за совершение противоправных деяний, предусмотренных настоящим Кодексом". Каждый из 26 кантонов имеет свое собственное уголовно-процессуальное законодательство, а также положения, регулирующие деятельность полиции. Однако федеральная конституционная практика, касающаяся основных свобод, устанавливает общие принципы и обеспечивает их уважение кантонами. Несмотря на значительное число отличных друг от друга уголовных, гражданских и административных процессуальных норм, в настоящем докладе будет сделана попытка дать краткий обзор практической деятельности кантонов в областях применения положений Пакта.

116. Свобода и неприкосновенность личности в швейцарском правовом порядке гарантируются неписаным конституционным правом на свободу личности, причем текст Федеральной конституции 1874 года обеспечивает четкую защиту лишь некоторых его аспектов, запрещая содержание под стражей за долги (пункт 3 статьи 59), вынесение смертного приговора за политические преступления (пункт 1 статьи 65), а также телесные наказания (пункт 2 статьи 65). Согласно судебной практике, свобода личности является частью неписаного конституционного права Конфедерации, поскольку она представляет собой

условие осуществления всех других свобод и является в этой связи необходимым элементом швейцарского правопорядка 49/. Поскольку возможность оценить конкретную ситуацию и определить применительно к ней свой образ действий в равной мере является предпосылкой осуществления многих конституционных прав, психическая неприкосновенность человеческой личности также охраняется принципом свободы личности 50/. Речь идет об основном, не подвергающемся действию давности и неотъемлемом праве человеческой личности, обладателями которого являются как швейцарские, так и иностранные физические лица. Его осуществление может быть предметом ограничений лишь по мотивам, предусмотренным законодательством (см. ниже) и при уважении действующих процедур. Несовершеннолетние, понимающие значение своих действий, а также лица, признанные недееспособными, могут совершенно независимо отстаивать свою личную свободу, используя средства защиты в сфере публичного права 51/.

117. Гарантия личной свободы дополняется статьей 5 ЕКПЧ в той мере, в которой она касается гарантии свободы и безопасности личности, а также запрещения любого произвольного ареста (свобода передвижения).

Виды содержания под стражей

118. В статье 5 раздела 1 ЕКПЧ исчерпывающим образом перечислены случаи, в которых отдельное лицо может быть лишено свободы. Поскольку ЕКПЧ является составной частью швейцарского правопорядка, Федеральный суд применяет это перечисление, а также опирается на правовую практику органов Конвенции, конкретизируя содержание неписаного конституционного права 52/. Как и статья 9 Пакта, статья 5 ЕКПЧ применяется ко всем видам содержания под стражей, несмотря на их мотивы. Это справедливо также для дисциплинарных взысканий, налагаемых в соответствии с Военно-уголовным кодексом 53/. Некоторые кантональные уголовно-процессуальные законы предусматривают, кроме того, кратковременное содержание под стражей в качестве санкции за отказ давать свидетельские показания в ходе судебного разбирательства (взятие под стражу в порядке принуждения). Эти нормы в принципе соответствуют статье 5 ЕКПЧ, однако один кантональный закон, предусматривающий систематическое применение такой меры в любом уголовном деле и для любого строптивного свидетеля, в данном аспекте в целом не соответствует принципу свободы личности 54/.

119. Было отмечено, что арест (или задержание) полицией на срок от четырех до шести часов в целях установления личности, безусловно, является ограничением свободы личности, однако не представляет собой лишение свободы по смыслу статьи 5 ЕКПЧ 55/. Напротив, содержание в камере в течение шести часов является таким лишением свободы 56/.

120. Федеральный закон от 20 марта 1981 года о международном сотрудничестве по уголовно-правовым вопросам 57/ предусматривает, что любой иностранец может подвергнуться аресту в целях выдачи либо на основании просьбы, исходящей от центрального национального бюро Интерпола или от министерства юстиции другого государства, либо на основании международного описания, содержащегося в картотеке розыска (статья 44 указанного закона). Ордер на арест выдается федеральным

управлением полиции. Управление может отказаться от производства ареста, если окажется очевидным, что преследуемое лицо не будет скрываться от выдачи и не будет чинить препятствий следствию, либо в том случае, если оно без промедления может представить алиби (статья 47). Федеральное управление может также заменить арест другими мерами, если преследуемое лицо не в состоянии переносить заключение под стражу, либо при наличии других, оправдывающих это мотивов (пункт 2 статьи 47). Продолжительность такого ареста ограничивается 18 сутками (40 сутками при наличии особых оснований). Содержание под стражей не отменяется в течение действия процедуры выдачи, если из материалов, представленных в обоснование просьбы о выдаче, явно не следует, что данная просьба является совершенно неприемлемой (статья 51 указанного закона). Наконец, преследуемое лицо может в любое время обратиться с просьбой об освобождении из-под стражи (статья 50).

121. В главе VI (О лишении свободы в целях оказания помощи) швейцарского Уголовного кодекса предусматривается, что "совершеннолетнее или недееспособное лицо может помещаться в соответствующее учреждение или удерживаться в нем в том случае, когда ввиду психического заболевания, слабоумия, алкоголизма, наркомании или оставления в беспомощном состоянии, личная помощь не может быть оказана ему иным способом".

122. Такое помещение в соответствующие учреждения, устанавливаемое кантонами, требует, однако, проведения предварительной психиатрической экспертизы (если отсутствует срочная необходимость и только в случаях психических заболеваний, см. статья 397, глава 5, ШГК), на основании которой должна быть ясно установлена насущная потребность в принятии подобной меры 58/. Такая экспертиза должна проводиться каждый раз при вынесении решения о продлении содержания в соответствующем учреждении 59/.

123. Законодательство в области пребывания и постоянного проживания иностранцев, а также законодательство о предоставлении убежища предусматривают две формы лишения свободы: содержание под стражей в целях возвращения или высылки (статья 14 Федерального закона от 26 марта 1931 года о пребывании и постоянном проживании иностранцев, ниже обозначаемый ЗППИ) и интернирование (статья 14 d) ЗППИ, см. также ниже, пункт 125).

124. Содержание под стражей может предписываться в том случае, если решение о возвращении или высылке иностранца подлежит немедленному исполнению и при наличии серьезных оснований предполагать, что иностранец намерен уклониться от возвращения. Эта мера принимается кантональными органами полиции, занимающимися вопросами иностранцев, на срок не более 48 часов. Ее действие может продляться лишь по указанию судебного органа. Во всех случаях ее действие не может превышать 30 суток.

125. Интернирование, как мера, применявшаяся в тех случаях, когда возвращение или высылка не являлись ни возможными, ни разумно обоснованными (статья 14 а) ЗППИ) и когда иностранец серьезно угрожал безопасности страны, кантона или подвергал

существенной опасности общественный порядок своим присутствием, отменено с 1 февраля 1995 года. В самом деле законы, регулирующие деятельность органов по делам иностранцев и предоставлению убежища, были недавно пересмотрены, в частности, в аспекте лишения свободы. Так, например, Федеральный закон о мерах принуждения в области контроля за режимом пребывания иностранцев был одобрен всенародным голосованием 4 декабря 1994 года и вступил в силу 1 февраля 1995 года. Содержание и сфера охвата этого нового закона будут освещены в ходе устного представления настоящего доклада.

Пункт 2

126. Большинство кантональных процедурных законов предусматривают, что в ходе ареста какого-либо лица ему должен предъявляться ордер на арест в письменной форме, в котором указываются инкриминируемые ему деяния, а также мотивы его ареста (статья 46 УПЗ; статья 108 УПК кантона Ури; статья 27 УПК кантона Швиц; статья 62 УПК полукантона Обвальден; статья 59 УПК полукантона Нидвальден; статья 11 УПК кантона Фрибург; статья 43 УПК кантона Золотурн; статья 55 УПК полукантона Базель-Штадт; статья 29 УПК полукантона Базель-Ланд; статья 153 и след. УПК кантона Шафхаузен; статья 99 УПК полукантона Аппенцелль-Аусерроден; статья 93 УПК кантона Санкт-Галлен; статья 83 УПК кантона Граубюнден; статья 69 УПК кантона Ааргау; статья 117 УПК кантона Тургау; статья 35 УПК кантона Тичино; статья 67 УПК кантона Вале и статья 36 УПК кантона Женева). Отдельную категорию составляет случай задержания на месте преступления, при котором ордер на арест выписывается позднее. Другие кантоны предусматривают информирование задержанного в ходе его первого допроса, как это имеет место в Цюрихе, Люцерне, Гларусе, Цуге, Аппенцелль-Иннерродене и Невшателе. В других кантонах в ходе ареста предписывается выдача письменного уведомления о совершенном деянии, а затем в ходе первого допроса - указание обстоятельств, мотивирующих арест (Берн, Во и Юра).

127. В своем мнении по докладу Европейского комитета по предупреждению пыток и других бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (КПП) Федеральный совет отметил:

"Любое лицо, арестованное полицией, имеет право, вытекающее отчасти из принципа свободы личности, гарантируемого Федеральной конституцией и статьей 8 ЕКПЧ, безотлагательно информировать о своем аресте своих близких или заменяющих их третьих лиц. Арестованному лицу надлежит немедленно сообщить о его праве. Исключения из этого принципа должны быть четко определены, а принятие чрезвычайных решений должно быть мотивировано. В случае отсутствия опасности сговора задерживаемое лицо, как правило, имеет возможность самостоятельно вступить в контакт с кем-либо из своих близких или даже с третьим лицом" 60/.

128. Однако в целом в кантональном праве не существует четких положений, наделяющих лицо, задержанное при изложенных выше обстоятельствах, правом информировать кого-либо из своих близких или третье лицо о своем аресте или вступать в контакт с адвокатом. Право доступа к адвокату гарантируется в принципе лишь после

первого допроса задержанного судьей 61/. Этот доступ является свободным, кроме исключений, обоснованных интересами следствия и конкретно предусмотренных кантональным правом. Что касается права на информирование близких, то оно также четко регламентируется лишь начиная со времени заключения под стражу; таким образом в принципе обязанность информировать близких задержанного лица возлагается на следственного судью 62/.

129. Хотя, несмотря на отсутствие соответствующих положений, практика требует, чтобы задержанный имел право безотлагательно информировать своих близких, Федеральный совет в своем упомянутом выше мнении отметил, что было бы парадоксально допускать присутствие адвоката на первых допросах в полиции с самого начала срока задержания, поскольку кантональные процессуальные нормы исключают затем это присутствие вплоть до окончания первого допроса судьей. Согласно Федеральному совету, это исключение соответствует Конституции и практике органов ЕКПЧ 63/.

Пункт 3

130. Как правило, предварительное заключение как мера пресечения применяется лишь при наличии серьезных оснований подозревать задержанное лицо в совершении наказуемого деяния и при наличии опасности побега или сговора 64/. Некоторые кантоны признают также в качестве обоснованного мотива для заключения под стражу опасность совершения нового правонарушения; вместе с тем в ходе рассмотрения мотивов, позволяющих считать, что задержанный совершит новые правонарушения, необходимо устанавливать весьма строгие требования, поскольку мотив содержания под стражей, основанный на опасности рецидива, чреват опасностью злоупотреблений 65/.

131. Практика Федерального суда является относительно строгой, в том что касается предварительного заключения, мотивируемого опасностью побега. Суд установил, в частности, следующие принципы:

- серьезность применяемой санкции может, разумеется, быть обусловлена наличием опасности побега, однако такая опасность не может являться единственным мотивом заключения под стражу. При вынесении решения о заключении под стражу необходимо принимать во внимание конкретные обстоятельства данного дела, в частности поведение задерживаемого лица и его общую характеристику (личность; связи в стране и за границей; профессию и т.д.) 66/;
- предупреждение опасности побега требует в первую очередь принятия менее серьезных мер, нежели заключение под стражу, таких, как обязательство регулярно отмечаться в соответствующих органах 67/;

- возможность освобождения под залог служит выражением принципа пропорциональности. При определении суммы залога, которая не должна быть чрезмерной, надлежит учитывать финансовые ресурсы задерживаемого лица и его близких 68/;
- залог должен гарантировать явку задержанного и не должен приобретать характер дополнительной санкции 69/.

Эти принципы в целом закреплены в кантональных законах. В качестве примера можно сослаться на статьи 53 и след. Федерального уголовно-процессуального закона от 15 июня 1934 года (УПЗ), в которых рассматривается вопрос об освобождении под залог.

132. В соответствии с пунктом 3 статьи 5 ЕКПЧ кантональные уголовно-процессуальные кодексы предусматривают, что задержанное лицо должно предстать перед компетентным органом 70/ в сроки, составляющие от 24 до 48 часов с момента ареста (статья 47 УПЗ предусматривает, что слушание имеет место "не позднее первого рабочего дня, следующего за днем ареста [заключенного под стражу лица]"). В ходе судебной практики было уточнено, что право быть доставленным без задержки в соответствующий орган действует лишь в случае ареста, а не в случае принятия решения о продлении срока предварительного заключения 71/. Компетентный орган должен иметь полномочия освободить заключенное под стражу лицо, в случае необходимости - под залог, или продолжать содержать его под стражей на основании мотивированного решения. Заинтересованное лицо может обратиться с ходатайством о своем освобождении к ведущему дело судье, имея при этом возможность обжалования (см., например, статьи 47 и след. УПЗ и ниже пункт 135).

133. Любое лицо, подвергаемое предварительному заключению, имеет, на основании статьи 5 ЕКПЧ и статьи 9 настоящего Пакта право быть судимым в разумные сроки или быть освобожденным. Подчас трудно на практике судить о разумном характере срока предварительного заключения. Уголовно-процессуальные законы, как правило, предписывают освобождение задерживаемого, "как только содержание под стражей перестает быть оправданным" (см., например, статью 50 УПЗ). Следует принять во внимание заинтересованность задержанного в обретении свободы и общественную заинтересованность в эффективности процедуры. Конкретные обстоятельства каждого дела играют здесь основополагающую роль. Для того чтобы принять решение о том, превысило ли предварительное заключение разумные сроки, надлежит учитывать трудности следствия, характер проведенного дознания, а также поведение обвиняемого 72/. Эти критерии могут дать основание полагать разумными относительно длительные сроки содержания под стражей. Так, например, в двух уже рассмотренных делах, касающихся Швейцарии, Европейская комиссия по правам человека, учитывая сложный характер конкретных дел, число обжалований заинтересованными лицами (не менее 17 в одном из случаев), а также

оперативные действия следственных органов, не сочла чрезмерными сроки содержания под стражей соответственно 34 и 30 месяцев 73/. Недавно Европейский суд по правам человека пришел к такому же заключению относительно содержания под стражей в течение четырех лет и трех дней в деле о чрезвычайно сложных экономических правонарушениях. В отношении хода этой совершенно необычной процедуры суд, в частности, напомнил:

"Особая оперативность, на которую содержащийся под стражей обвиняемый имеет право при рассмотрении своего дела, не должна наносить ущерб усилиям магистратов по выполнению своих функций с надлежащей тщательностью. К тому же Суд не установил наличия периодов, в которые следователи не занимались бы расследованием с необходимой оперативностью, ни каких-либо задержек, обусловленных возможной нехваткой людских ресурсов или оборудования. В этой связи инкриминируемая длительность содержания под стражей главным образом обусловлена чрезвычайной сложностью дела и поведением истца. Разумеется, последний не был обязан сотрудничать с властями, однако ему надлежит нести ответственность за последствия, которые его поведение повлекло за собой в ходе следствия" 74/.

134. Федеральный суд применяет последний критерий к рассмотрению сроков предварительного заключения. Согласно его практике, несмотря на то, что следственным органам нельзя предъявить никаких упреков в затягивании следствия, срок содержания под стражей, близкий к сроку вероятного наказания обвиняемого, не может рассматриваться в качестве разумного 75/.

Пункт 4

135. В уголовных делах возможность обжалования факта заключения под стражу или ареста, закреплена во всех кантональных уголовно-процессуальных законах. Большинство кантонов предусматривают непосредственное обращение в суд 76/. Однако в некоторых кантонах действует система, в соответствии с которой задержанное лицо должно вначале обратиться в орган, принявший решение о применении соответствующей меры, а затем, в случае отрицательного решения, обратиться в суд (Базель-Ланд, Санкт-Галлен и Тургау). Наконец, некоторые кантоны, так же, как и Конфедерация (пункт 1 статьи 47 УПЗ), учредили должность судьи, на которого специально возложена функция рассмотрения подобных жалоб ("Hafttrichter"). Такие средства правовой защиты применимы также в отношении любого решения о продлении срока предварительного заключения 77/, а также в случае повторного заключения под стражу после освобождения. Наконец, следует упомянуть о том, что Федеральный закон о международном сотрудничестве по уголовно-правовым вопросам предусматривает обращение с жалобой в Обвинительную камеру Федерального суда в связи с любым арестом в целях выдачи в течение 10 суток после ареста.

136. В гражданском судопроизводстве помещение в медицинское учреждение в целях оказания помощи, по смыслу Гражданского кодекса, должно применяться при соблюдении следующих норм (статьи 397 а) - 397 f) ШГК):

- соответствующее лицо или его близкий могут письменно обратиться к судье в течение 10 суток после получения уведомления относительно решения о помещении в медицинское учреждение (или о продлении сроков пребывания в нем), принятого компетентными органами (в принципе, органами опеки и попечительства). Это лицо должно информироваться о мотивах решения и о своем праве обжаловать это решение в суд. Такую информацию надлежит повторить в момент поступления в медицинское учреждение или в момент отклонения просьбы об освобождении;
- ходатайство о вынесении судебного решения надлежит безотлагательно препровождать компетентному судье на предмет вынесения такого решения согласно кантональной процедуре, которая должна быть простой, оперативной и включать заслушивание соответствующего лица в первой инстанции 78/;
- в случае необходимости судья предоставляет соответствующему лицу правовую помощь.

Кроме того, соответствующее лицо должно освобождаться независимо от любого ходатайства, если его состояние будет это позволять (статья 397 а) ШГК) 79/.

137. Что касается регламентирования положения иностранцев и предоставления убежища, то согласно кантональному законодательству решение о взятии под стражу в целях возвращения или высылки может быть обжаловано. В последней инстанции решение принимает Федеральный суд, в который можно обратиться в том случае, когда исчерпаны все возможности административного обжалования. В случаях помещения в медицинское учреждение административная жалоба должна направляться в Федеральный суд.

138. В соответствии с пунктом 4 статьи 9 Пакта суд, в который направлены жалоба в связи с заключением под стражу или ходатайство об освобождении из-под стражи, должен выносить решение безотлагательно. Европейский суд по правам человека, а также Федеральный суд считают, что в зависимости от обстоятельств дела и в простых случаях сроки в 46, 41, 30 или даже 15 суток не соответствуют этому требованию 80/.

Пункт 5

139. Лицо, являющееся жертвой незаконного ареста, имеет право на возмещение ущерба в соответствии со статьей 5 ЕКПЧ. Иначе обстоит дело в случае лица, подозревавшегося в совершении серьезного правонарушения, а затем признанного невиновным в ходе следствия, которое на законном основании находилось в предварительном заключении (например, в связи с опасностью побега) 81/. Тем не менее и в таких случаях почти во

всех кантонах предусмотрена та или иная форма возмещения ущерба 82/, что обеспечивает швейцарскому праву соответствие с пунктом 5 статьи 9 Пакта, даже если гарантии этого положения должны толковаться как выходящие за пределы гарантий статьи 5 ЕКПЧ. Статья 15 Федерального закона о международном сотрудничестве по уголовно-правовым вопросам предусматривает возмещение ущерба по кантональному или федеральному праву в случае любого необоснованного решения о взятии под стражу, вынесенного в ходе процедуры судопроизводства, имеющей место в Швейцарии на основании этого закона, либо за границей - по просьбе швейцарских властей.

140. Чтобы претендовать на возмещение материального ущерба (потеря заработка, процессуальные расходы), а также морального вреда, необходимо подвергнуться достаточно серьезному посягательству на свои права, каковое практически всегда будет иметь место в случае незаконного или необоснованного содержания под стражей. Однако, по мнению Федерального суда, содержание под стражей в течение четырех часов не дает права на возмещение недоказанного материального ущерба 83/.

141. По примеру других стран швейцарская правовая практика позволяет исключить любое возмещение ущерба в том случае, когда жертва по своей вине спровоцировала арест или содержание под стражей 84/. Отметим, что факт отказа отвечать на вопросы следователей, как правило, не рассматривается в качестве виновного поведения.

Статья 10

Пункты 1 и 3

Общие положения

142. В соответствии с федералистской системой Швейцарии осуществление мер по исполнению наказаний и мер, связанных с лишением свободы, относится к компетенции кантонов. Это означает, что каждый из 26 кантонов имеет свои собственные органы исполнения наказаний, в том что касается лишения свободы как по гражданским, так и по уголовным делам 85/. В последующих пунктах сделана попытка описать различные режимы лишения свободы и дать представление о том, каким образом лицам, лишенным свободы, обеспечивается гуманное и достойное обращение. Они соотносятся с положениями пунктов 1 и 3 статьи 10 Пакта.

Лишение свободы на основе положений Уголовного кодекса

143. Уголовное право, единое для всей страны, существует в Швейцарии лишь с 1942 года. Хотя процедура и исполнение наказаний входят прежде всего в компетенцию кантонов, швейцарский Уголовный кодекс от 21 декабря 1937 года и относящиеся к нему постановления также содержат типовые положения об исполнении наказаний, которые касаются, в частности, его целей и задач, различных санкций, различных типов исправительных учреждений, а также основных условий исполнения наказаний. Кроме того, Конфедерация осуществляет право строгого надзора за исполнением наказаний, на

основании которого она официально рассматривает кантональные положения и может вмешаться в том случае, когда в связи с ненадлежащим применением федерального права существенно ущемляются или оказываются под угрозой важные общественные интересы (статья 392 УК). Этот надзор осуществляется в дополнение к праву содержащихся под стражей лиц обжаловать в Федеральный суд решение кантонального суда последней инстанции. Наконец, Конфедерация оказывает непосредственное влияние на исполнение наказаний посредством предоставления субсидий, как в плане строительства или ремонта пенитенциарных учреждений для взрослых или воспитательных учреждений для несовершеннолетних, так и в плане эксплуатации таких учреждений для несовершеннолетних или в плане осуществления экспериментальных проектов в данной области.

144. В швейцарском Уголовном кодексе предусмотрены три разновидности наказаний в виде лишения свободы: кратковременное лишение свободы, тюремное заключение и тюремное заключение на длительный срок (раздел 3, глава 1, статьи 35 и след. УК). Кратковременное лишение свободы назначается на срок минимум от одних суток до максимум трех месяцев, тюремное заключение назначается на срок от трех суток до, как правило, трех лет, а тюремное заключение на длительный срок предполагает лишение свободы на срок от одного года до 20 лет; однако в отдельных случаях может выноситься приговор о пожизненном тюремном заключении. Судья может предоставить отсрочку исполнения приговора на срок не более 18 месяцев.

145. Исполнение наказания в виде лишения свободы на длительный срок на практике ничем не отличается от наказания в виде тюремного заключения. Напротив, краткосрочное лишение свободы не может исполняться наряду с другими наказаниями или мерами, предусматривающими лишение свободы. Лицо, приговоренное к кратковременному лишению свободы, имеет, кроме того, возможность самостоятельно обеспечить себя работой 86/.

146. При наличии ряда условий судья при вынесении приговора может приостановить исполнение наказания и распорядиться вместо этого о применении какой-либо меры воздействия в течение неопределенного срока. В отношении взрослых правонарушителей в швейцарском Уголовном кодексе предусмотрены следующие меры воздействия: лечение правонарушителей с психическими заболеваниями, алкоголиков и токсикоманов, а также тюремное заключение рецидивистов (раздел 3, глава 1, статьи 42 и след. УК) и воспитательно-трудовые работы для молодых совершеннолетних (от 18 до 25 лет; раздел 5, статьи 100-бис и след.).

147. Меры в отношении психически больных правонарушителей, правонарушителей-алкоголиков и токсикоманов (статьи 43 и 44 УК) практически всегда применяются в том случае, когда медицинская экспертиза свидетельствует о том, что осужденный, с одной стороны, нуждается в лечении, а с другой - способен воспринять такое лечение. Кроме

того, должны быть выполнены следующие условия: правонарушение должно иметь прямую или косвенную связь с психическим заболеванием, а алкоголизм или токсикомания правонарушителя должны быть достаточно серьезны.

148. Компетентный орган рассматривает вопрос о целесообразности и времени применения условно-досрочного освобождения или испытательного срока. Этот орган должен также по меньшей мере ежегодно рассматривать вопрос о целесообразности освобождения правонарушителя из учреждения для психически больных правонарушителей, алкоголиков или токсикоманов по смыслу статей 43 и 44 УК (статья 45, глава 1 ШГК). Во всех случаях упомянутые меры должны прекращаться с того момента, когда вызвавшая их причина перестает существовать. При этом судья решает вопрос о целесообразности и пределах исполнения изначально установленной меры наказания, что на практике происходит достаточно редко. Как правило, меры наказания исполняются в учреждениях для алкоголиков или токсикоманов или в психиатрических больницах, т.е. в государственных или частных учреждениях, предназначенных, в первую очередь, для лечения лиц, не являющихся правонарушителями. В исключительных случаях эти меры могут также исполняться в пенитенциарном учреждении, и в некоторых отдельных случаях судья может даже распорядиться о назначении амбулаторного лечения, которое приостанавливает или не приостанавливает исполнение наказания.

149. Предусмотренное в статье 42 УК помещение в медицинское учреждение закоренелых преступников является прежде всего мерой безопасности. За редким исключением срок ее действия составляет не менее двух третей от срока вынесенного наказания, однако в любом случае равняется трем годам. По истечении этого срока и в случае благоприятного диагноза эта мера может быть отменена. В случае рецидива правонарушитель помещается в лечебное учреждение, как правило, на срок не менее пяти лет. Исполнение этой меры наказания обычно осуществляется в учреждениях для рецидивистов.

150. К правонарушителям в возрасте от 18 до 25 лет может применяться особая мера в виде исправительно-трудовых работ (статьи 100 и след. УК). Срок действия этой меры составляет не менее года и не более четырех лет. Она применяется к молодым совершеннолетним, которые, несмотря на нарушения в развитии их личности, могут быть перевоспитаны. Эта мера исполняется исключительно в воспитательно-трудовых учреждениях, отделенных от других учреждений по исполнению наказаний и применению мер воздействия. Параллельно с профессиональной подготовкой делается попытка обеспечить всеобъемлющее развитие личности молодых совершеннолетних, что предполагает использование социопедагогических и терапевтических методов.

151. Существует пять воспитательно-трудовых учреждений для молодых совершеннолетних, пропускная способность которых составляет порядка 195 мест. В двух из них имеется закрытое отделение, которое в одном случае действительно используется по назначению, но, как правило, подобные учреждения являются открытыми так же, как и воспитательные учреждения для несовершеннолетних 87/.

152. Федеральное законодательство предписывает кантонам иметь учреждения, отвечающие требованиям закона с точки зрения санкций или мер, которые должны в них исполняться (статьи 382 и след. УК). Для исполнения некоторых особых мер наказания разрешается создание частных учреждений (статья 384 УК). В отношении исправительных учреждений для женщин и пенитенциарных учреждений итаоговорящего кантона Тичино Федеральный совет может допустить исключения из принципа разделения различных учреждений (пункты 2 и 3 статьи 397-бис УК). На сегодняшний день Федеральный совет лишь однажды принял постановление, отступающее от принципов разделения учреждений, изложенных в статьях 37, 39, 42 и 100-бис Уголовного кодекса, применительно к пенитенциарным учреждениям для женщин. Такие исключения связаны с определенными условиями и подлежат одобрению федерального департамента юстиции и полиции (статья 1 Указа 2 о действии швейцарского Уголовного кодекса).

153. В Швейцарии насчитывается более 100 пенитенциарных учреждений, которые имеют, как правило, блок предварительного заключения и редко насчитывают более 50 мест. Пропускная способность всех этих учреждений составляет порядка 3 000 мест для исполнения краткосрочных наказаний и отбывания предварительного заключения. По мере возможности они оборудованы камерами с одной койкой, водопроводом и туалетом, а наиболее крупные учреждения имеют также несколько камер на две и три койки.

154. Для исполнения наказаний применительно к правонарушителям, впервые преступившим закон, т.е. тем, кто не имел судимости в предшествующие пять лет, существует десять учреждений с общей пропускной способностью порядка 1 200 мест. Они, как правило, эксплуатируются в открытом и полуоткрытом режимах. В этих учреждениях на двух или трех заключенных приходится один сотрудник, работающий полный рабочий день 88/. Шесть учреждений обеспечивают исполнение наказаний рецидивистами и могут принять около 1 500 заключенных. Они эксплуатируются в закрытом режиме. В таких учреждениях на двух заключенных приходится обычно один сотрудник, работающий полный рабочий день. Наконец, существуют пять учреждений, имеющих более свободный режим, которые предназначены для подготовки к освобождению (режим окончания наказания), где заключенные работают, как правило, за пределами учреждений. В каждом из таких учреждений насчитывается от 10 до 40 мест.

155. На основании Уголовного кодекса (статья 37) "тюремное заключение на длительный срок и обычное тюремное заключение свободы осуществляются таким образом, чтобы оказывать на заключенного воспитательное воздействие и готовить его возвращение к нормальной жизни". Ниже описываются наиболее важные методы достижения этой цели. Однако следует уточнить, что они лишь частично применимы к краткосрочным наказаниям.

156. Система этапов. Заключенный проходит несколько этапов исполнения наказания, которые постепенно обеспечивают ему все большую свободу. Первым этапом является заключение в камере. На практике оно встречается редко и обычно не превышает нескольких часов или нескольких дней, а в отдельных редких случаях - нескольких недель. В течение этого периода, целью которого является подготовка к исполнению наказания,

заклученный не имеет никаких контактов с другими заклученными; он находится и работает в своей камере. В ходе второго этапа, а именно коллективного заклучения, который может длиться до конца срока наказания, он проводит в камере лишь время для отдыха и часть свободного времени. Рабочее время, свободное время и время, отведенное на принятие пищи, в принципе проводится совместно с другими заклученными. Случается, что в ходе этого периода заклученному разрешается заниматься какой-либо деятельностью или посещать курсы вне пенитенциарного учреждения. Третьим этапом исполнения наказания является этап "полусвободы", который в принципе начинается после истечения половины установленного срока наказания и отбывается в учреждении для лиц, срок наказания которых истекает. Наконец, условно-досрочное освобождение с испытательным сроком может применяться после отбывания двух третей срока наказания по приговору.

157. Постпенитенциарная помощь (статья 379 УК) обеспечивается службами патронажа, в задачу которых входит наблюдение за поведением освобожденного заклученного. Эти службы могут быть государственными или частными. Их деятельность начинается с момента заклучения под стражу, причем они располагают свободным правом посещения с начала срока предварительного заклучения и до освобождения.

158. Нормализация. Речь идет о ключевой концепции пенитенциарной политики. Под ней следует понимать приспособление повседневной жизни в пенитенциарном учреждении к жизни на свободе посредством установления требований, соответствующих реальным условиям. Минимальной поставленной целью является обеспечение того, чтобы заклученный не оказался менее способным жить в обществе после своего освобождения, чем на момент заклучения его под стражу.

159. Труд. Учитывая определяющее значение трудовой деятельности для социальной интеграции любого гражданина, труд представляет собой основу исполнения наказания в Швейцарии. Уголовный кодекс гласит, что заклученный должен привлекаться к труду, который будет ему предписан: "Ему, по возможности, поручается работа, отвечающая его способностям и позволяющая ему после освобождения зарабатывать себе на жизнь". В этой связи все учреждения по исполнению наказаний средних и длительных сроков имеют рабочие помещения, обычно оснащенные современным оборудованием, где заклученные могут проходить профессиональную подготовку. Производственные цеха обслуживают главным образом частных клиентов по обычным ставкам. Если работа и поведение заклученных являются удовлетворительными, они получают вознаграждение, размеры которого в лучшем случае составляют порядка 30 франков в день. В принципе заклученные могут свободно располагать третью этой суммы, одна треть кладется на целевой счет (отпуска, повышение квалификации) и, наконец, оставшаяся треть блокируется и выдается заклученному в момент его освобождения.

160. Терапия и социальное воспитание. По этим аспектам наблюдаются существенные различия между учреждениями по исполнению наказаний, предусматривающих средние и длительные сроки лишения свободы. Однако все они имеют такие программы,

осуществление и содержание которых устанавливаются в каждом конкретном случае с согласия заключенного. Во всех учреждениях можно обратиться к помощи психиатра и/или психолога.

161. Контакты с внешним миром. В Швейцарии никто не оспаривает значение поддержания контактов заключенного с внешним миром. Отношения заключенных с их семьями и кругом их знакомых являются предметом особого внимания. Однако эти контакты ограничиваются целью исполнения наказания, необходимостью поддержания порядка и требованиями безопасности. Так, например, режим повышенной безопасности и дисциплинарный режим предполагают значительные ограничения контактов заключенного: 23 часа в сутки он проводит в своей камере, где он выполняет какую-либо работу, а его контакты с внешним миром (посещения, чтение газет и почтовой корреспонденции) могут быть ограничены, а в случае выхода (ежедневная прогулка и т.д.) он сопровождается несколькими охранниками. Решение об изоляции или применении режима повышенной безопасности может быть обжаловано заключенным, причем в последней инстанции - в Федеральный суд.

162. Заключенные имеют право на регулярные посещения. Эти посещения санкционируются компетентными кантональными органами, причем их периодичность определяется правилами внутреннего распорядка соответствующего учреждения. Для таких посещений выдается письменное разрешение. Посещения защитником осуществляются свободно при условии согласия компетентного органа. Дирекция учреждений старается по мере возможности осуществить интеграцию внешнего мира в пенитенциарный режим (проведение спортивных соревнований, постановка театральных пьес с участием профессиональных артистов и заключенных). Наиболее важной формой контактов с внешним миром, которая вызывает также наибольшие споры, является предоставление отпусков. Такие отпуска могут быть двух видов: отпуска по случаю различных событий (в связи с крещением, похоронами, по состоянию здоровья или по профессиональным причинам и т.д.) и отпуска, связанные с различными межличностными отношениями. Такие отпуска предоставляются лишь в случае примерного поведения, удовлетворительной работы и при наличии определенной уверенности в том, что заключенный не злоупотребит предоставленным ему отпуском. Заключенный, впервые лишенный свободы, должен отбыть не менее одной шестой срока наказания и находиться в течение двух месяцев в данном учреждении, для того чтобы получить такой отпуск (для рецидивиста эти сроки составляют соответственно одну треть и три месяца). Отпуск предоставляется на срок не свыше 54 часов каждые два месяца. Согласно имеющимся статистическим данным, лишь 1-2% заключенных не возвращаются в пенитенциарные учреждения в установленные сроки. Однако совершение правонарушений во время отпуска, в особенности когда речь идет о серьезных нарушениях, беспокоит население, в связи с чем высказываются мнения в пользу более строгой регламентации.

163. Практика Федерального суда в области уважения личной свободы в пенитенциарных учреждениях позволила уточнить некоторые принципы. Так, например, Федеральный суд высказал мнение о том, что лицо, содержащееся в предварительном заключении более

одного месяца, имеет право на посещения наиболее близкими членами своей семьи 89/ и что право на минимальное движение (час ежедневной прогулки на свежем воздухе после одного месяца заключения, а до истечения этого срока - по крайней мере получасовая прогулка) не может быть обусловлено согласием содержащегося под стражей лица на досрочное исполнение наказания 90/. В более общем плане при рассмотрении конституционности регламентов тюрем Федеральный суд имел возможность напомнить, что мера воздействия, связанная с лишением свободы, должна иметь под собой правовую основу, приниматься в общественных интересах и отвечать принципу пропорциональности; что после заключения в тюрьму соответствующие лица подвергаются ограничениям, вытекающим из определенной для них меры принуждения (лишение свободы; дисциплинарный режим и т.д.), но что, тем не менее, такие ограничения не должны быть несоразмерны целям заключения и разумным требованиям обеспечения нормального функционирования пенитенциарного учреждения, а также должны уважать принцип пропорциональности 91/.

164. Что касается Минимальных стандартных правил обращения с заключенными, принятых Организацией Объединенных Наций и Советом Европы 92/, то из федеральной судебной практики следует, что, хотя эти документы не имеют обязательного юридического характера, они указывают основные направления пенитенциарной политики, которые надлежит принимать в расчет при толковании конституционного права на свободу личности 93/.

165. Несмотря на стремление придать заключению гуманный характер, благоприятствующий социальной реинтеграции, система исполнения наказаний в Швейцарии, как и в других местах, не лишена проблем. Эта ситуация усугубляется постоянным ростом числа заключенных, в связи с чем в отдельных случаях потребовалось провести не совсем удовлетворительные изменения (переоборудование помещений общего пользования в камеры, строительство временных бараков и т.д.).

166. Число заключенных-иностранцев за последние 10 лет также значительно возросло. В настоящее время около 45% заключенных являются иностранцами, а в некоторых пенитенциарных учреждениях представлены более 40 национальностей. Это не связано с ростом преступности среди иностранцев, проживающих в Швейцарии, а с увеличением числа арестов иностранцев, прибывающих в страну для совершения правонарушений. Разумеется, что эти заключенные создают многочисленные проблемы в плане безопасности и осложняют исполнение наказаний, нацеленное на реинтеграцию.

167. Другой важной проблемой является проблема существенного увеличения числа заключенных-токсикоманов (приблизительно каждый третий заключенный). В самом деле, когда такие заключенные отказываются от лечения в реабилитационном центре, судья не может определить какую-либо другую соответствующую меру и в этой связи правонарушитель помещается в пенитенциарное учреждение. Эти заключенные создают проблемы в плане безопасности, что влечет за собой необходимость систематического контроля в целях предупреждения торговли наркотиками в таких учреждениях. Наконец,

учитывая их физическое и психическое состояние, токсикоманы зачастую не могут принуждаться к труду, как другие заключенные, или включаться в деятельность по проведению досуга в пенитенциарном учреждении.

168. По окончании посещения четырех швейцарских пенитенциарных учреждений в июле 1991 года Европейский комитет по предупреждению пыток направил Федеральному совету доклад, в котором он отметил некоторые недостатки, связанные со сферой применения пункта 1 статьи 10 настоящего Пакта (упражнения на свежем воздухе, гигиена и здравоохранение, материальные условия содержания, отношения между персоналом и заключенными и т.д.). По мере возможности, эти замечания были учтены, а недостатки исправлены. Однако было бы наивно полагать, что грубое обращение или неудовлетворительные условия содержания более не наблюдаются в Швейцарии. Федеральные власти, осуществляя строгий надзор за исполнением наказаний, в сотрудничестве с кантонами приняли меры с целью изучения утверждений, касающихся грубого обращения, и, в случае необходимости - с целью исправления положения. Доклад Европейского комитета по предупреждению пыток, а также замечания Федерального совета Швейцарии содержатся в приложении к настоящему докладу, в который они не были включены по соображениям экономии места. Тем не менее с ними желательно ознакомиться, поскольку они дают репрезентативную картину трудностей, наблюдающихся в области исполнения наказаний и мер воздействия, а также в области обращения с заключенными в Швейцарии. После посещения представителей Европейского комитета по предупреждению пыток и на основе его рекомендаций, направленных швейцарским властям, последние препроводили ему доклад о принятых мерах.

Режим, применяемый к несовершеннолетним

169. В нижеследующих пунктах со ссылкой на пункты 2 b) и 3 статьи 10 Пакта описывается режим, применяемый к несовершеннолетним правонарушителям.

170. Несовершеннолетний, не достигший возраста семи лет, полностью выводится в Швейцарии из-под действия уголовного закона; лицо, не достигшее возраста 18 лет, считается несовершеннолетним с точки зрения уголовного права. Являясь частью Уголовного кодекса, положения уголовного закона, касающиеся несовершеннолетних, в значительной степени независимы от положений, применимых к совершеннолетним (четвертый раздел первой книги и седьмой раздел третьей книги Кодекса).

171. В швейцарском праве судья по делам несовершеннолетних должен прежде всего определить, нуждается ли несовершеннолетний правонарушитель в применении особой воспитательной меры (которую он в таком случае определяет) или в особом лечении (в таком случае он отдает распоряжение о применении соответствующих мер). При отсутствии какого-либо из этих условий судья определяет меру наказания. Мерами наказания, которые он может вынести в отношении детей (моложе 15 лет) являются порицание, привлечение к труду и принудительное оставление в школе после уроков.

Применительно к подросткам к этим мерам добавляются штраф и содержание под стражей, а принудительное оставление в школе после уроков не предусматривается. Срок содержания под стражей теоретически может составлять до одного года, однако на практике он составляет в среднем несколько недель. Мерами лечения являются амбулаторные или стационарные меры терапевтического характера. Воспитательные меры включают воспитательную помощь (помощь семье в области воспитания несовершеннолетнего, оказываемая специалистами) и помещение в семью или в воспитательное учреждение. Такие учреждения, обычно управляемые частными структурами, но субсидируемые соответствующими кантональными службами и Конфедерацией, которая таким образом осуществляет контроль, принимают в большинстве своем несовершеннолетних, направляемых в них на основании положений гражданского законодательства (статьи 314 а) и 405 а) ШГК. См. ниже пункты, касающиеся лишения свободы на основании положений гражданского законодательства). Как правило, они являются открытыми и основывают свою деятельность на социо-педагогических принципах.

172. Следует отметить также, что статья 88 УК позволяет судье, в случае необходимости, отказаться от применения любых санкций. Так, например, в 1993 году наказания были вынесены примерно по 7 930 правонарушениям, совершенным несовершеннолетними (один обвинительный приговор мог выноситься по совокупности правонарушений). В большинстве своем речь шла о правонарушениях, предусмотренных Уголовным кодексом (6 450). Нарушения Уголовного кодекса являлись практически всегда преступлениями против собственности (5 010) 94/; 2 852 правонарушения касались правил дорожного движения и 972 - законодательства в области наркотиков.

173. В Уголовном кодексе поименованы следующие виды учреждений для детей (7-14 лет), подростков (15-17 лет) и молодых совершеннолетних (18-25 лет):

- воспитательные учреждения для детей (статья 84 УК) и подростков (статья 91 УК);
- профилактории и дома перевоспитания для особо трудных подростков (статья 93-тер УК);
- воспитательно-трудовые учреждения для молодых совершеннолетних (статьи 100-бис и 93-бис УК).

В настоящее время существует 170 учреждений, признанных или временно признанных Федеральным управлением юстиции, пропускная способность которых составляет около 3 900 мест.

Лишение свободы на основании положений гражданского законодательства

174. Статьи 397 а) - 397 f) Гражданского кодекса посвящены лишению свободы в целях оказания помощи. Условия такого принудительного помещения в соответствующие учреждения, а также связанные с ним процедурные и судебные гарантии были изложены в главе настоящего доклада, посвященной статье 9 Пакта. Нижеследующие соображения касаются щекотливой проблематики уважения достоинства личности применительно к подобному помещению, в особенности в случае принудительного психиатрического лечения.

175. На основании статьи 397 а) ШГК "лицо, достигшее совершеннолетия или признанное недееспособным, может быть помещено в соответствующее учреждение в том случае, когда ввиду психического заболевания, слабоумия, алкоголизма, токсикомании или оставления в беспомощном состоянии необходимая личная помощь не может быть оказана иным способом".

176. По смыслу гражданского закона такими "учреждениями" являются лишь те учреждения, в которых находящиеся в них лица подвергаются ограничениям свободы действий, выходящим за пределы ограничений автономии, вытекающих из любой формы общественной жизни. Говорить о "лишении свободы" можно в том случае, когда лицо не может покинуть стены данного учреждения без соответствующего разрешения; при этом речь необязательно идет о закрытом учреждении. Требование, выраженное прилагательным "соответствующий", дает широкие возможности толкования кантональным властям. Однако нехватка соответствующих учреждений не может оправдать рассмотрение любого места содержания под стражей в качестве соответствующего. Вопрос о том, является ли то или иное учреждение соответствующим или нет, должен решаться в зависимости от потребностей и особых обстоятельств, связанных с помещением в указанные учреждения конкретного лица. Другими словами, речь идет о рассмотрении *in concreto* 95/. Так, например, Федеральный суд постановил, что "учреждение является соответствующим, если его организационная структура и персонал позволяют ему удовлетворять основные потребности помещенного в него лица в плане получения ухода и помощи. Таковым в исключительном порядке может быть пенитенциарное учреждение" 96/.

177. Одной из наиболее щекотливых проблем, возникающих применительно к лечению лиц, лишенных свободы в целях оказания помощи, является проблема назначения психиатрического или другого лечения без согласия или против воли помещенного в медицинское учреждение лица 97/.

178. В принципе в данном контексте действует общее правило, согласно которому лечение может проводиться лишь с осознанного согласия пациента 98/. Однако признается необходимость придать понятию принудительного лечения весьма широкое значение, охватывающее, например, принудительное содержание пациента в его палате 99/. Наряду с этим допускается и должна быть регламентирована юридическая возможность обжаловать решение о принудительном лечении. Однако представляется, что пока еще в незначительном числе кантонов имеются законы, подробно регулирующие этот

вопрос (лишь кантон Тичино и кантон Женева имеют такие нормы). Таким образом, основополагающее значение имеет в этой связи правовая практика Федерального суда, из которой можно вывести следующие принципы и направления: воля пациента является решающим фактором, кроме случая, когда врач выполняет решение соответствующего органа, принятое на основании закона 100/. Такое решение должно касаться конкретно соответствующего вида лечения - другими словами, речь не может идти просто о решении относительно помещения в медицинское учреждение 101/. Исключение допускается лишь в случае срочной необходимости, однако этот термин имеет ограничительное толкование 102/, и предполагаемая воля пациента является, таким образом, определяющим критерием. Так например, для Федерального суда факт наличия у пациента психического заболевания не влечет за собой автоматической презумпции отсутствия надлежащей способности к суждению; напротив, суждение, которое определяется "как способность людей действовать разумно, давать себе отчет в значении своих действий и сопротивляться нормальным образом тем, кто пытается воздействовать на его волю" 103/, оценивается *in concreto*.

179. Как и любое другое лицо, психически больной человек имеет право, независимо от его способности понимать значение своих действий, на объективную информацию относительно предполагаемой терапии, даже если речь идет о принудительном лечении (в подобном случае это позволяет, в частности, уменьшить его опасения). В случае невозможности для пациента выносить здравые суждения, согласие на лечение следует получить у его законного представителя 104/. Этот представитель может не соглашаться с терапевтическим лечением, способным нанести ущерб физической неприкосновенности заинтересованного лица. Случай лица, не способного понимать значение своих действий и не имеющего законного представителя, пока еще не рассматривался в правовой практике по делам о принудительном лечении. В теории существует два мнения: одни увязывают лечение с предварительным назначением законного представителя, способного давать согласие за своего подопечного 105/, в то время как другие полагают, что в данном случае достаточно иметь согласие близких 106/.

Пункт 2 а)

180. Уголовно-процессуальные кодексы предписывают раздельное содержание подсудимых и осужденных (см., например, статью 48 УПЗ). Применяемый к подсудимым режим учитывает их статус неосужденных лиц. Как было указано выше, подсудимый, находящийся в предварительном заключении, не подвергается принудительному труду. В целом, режим, применяемый к подсудимым, является более строгим, нежели режим, которым пользуются осужденные; их переписка, а также посещения могут ограничиваться для целей следствия, и они не имеют права на отпуска. Они также не располагают аналогичными возможностями в области досуга и профессиональной подготовки.

181. Напомним, что предварительное заключение является исключением и что, как правило, применяются другие средства для обеспечения явки обвиняемого в суд. Федеральный суд, который по своему усмотрению следит за конституционностью норм, регулирующих предварительное заключение, отметил, что "правила внутреннего распорядка тюрьмы, касающиеся предварительного заключения, должны предоставлять особые гарантии, предупреждающие любую антиконституционную практику. С этой целью они должны содержать достаточно подробную регламентацию и быть составлены в ясных выражениях" 107/.

Пункт 2 b)

182. Не во всех кантональных уголовно-процессуальных кодексах предусмотрено отдельное содержание несовершеннолетних и взрослых подсудимых. Фактически подобное отдельное содержание не всегда обеспечивается в ходе предварительного заключения. Поскольку процедурные вопросы в принципе входят в компетенцию кантонов, а не Конфедерации, Федеральный совет при ратификации Пакта сформулировал оговорку, согласно которой "отдельное содержание молодых и взрослых подсудимых не гарантируется без исключений".

183. В рамках ведущегося пересмотра Общей части Уголовного кодекса предусматривается, в частности, полностью отделить уголовное право несовершеннолетних (лица моложе 18 лет) от уголовного права взрослых посредством принятия федерального закона, регулирующего уголовно-правовое положение несовершеннолетних. В настоящее время этот закон находится на стадии предварительного проекта и содержит следующее положение:

Содержание под стражей до суда:

1. Распоряжение о содержании под стражей до суда может выдаваться лишь в том случае, если преследуемая цель не может быть достигнута посредством временной меры защиты.
2. Содержание под стражей осуществляется в месте, отделенном от мест содержания взрослых и под надзором соответствующего персонала. Если несовершеннолетний еще не достиг возраста 15 лет или если срок содержания под стражей превышает семь суток, его надлежит поместить в специальное учреждение.
3. Указанная процедура должна осуществляться с особой тщательностью.

184. После вступления в силу этого закона федеральное право будет предписывать кантонам отдельное содержание несовершеннолетних и взрослых подсудимых, а соответствующая оговорка может быть снята. Однако законодательная процедура, по-видимому, продлится еще несколько лет.

Заключительные замечания

185. Как было отмечено, Общая часть швейцарского Уголовного кодекса находится в настоящее время в процессе пересмотра с целью приведения в соответствие с эволюцией общества и насущными потребностями. На сегодняшний день комиссия экспертов разработала предварительный проект, который во многих отношениях четко уточняет гарантии, которыми должны пользоваться содержащиеся под стражей лица. Предварительные проекты комиссии экспертов, касающиеся Общей части Уголовного кодекса, а также федерального закона, регулирующего уголовно-правовое положение несовершеннолетних, были направлены для консультации Федеральному суду, кантонам, политическим партиям и заинтересованным кругам. На основе результатов такого обсуждения Федеральный совет, по-видимому, примет в 1995 году решение относительно дальнейшей нормотворческой деятельности. Комитет будет информирован о развитии нормотворческой деятельности в этой области в следующих периодических докладах.

Статья 11

186. Согласно пункту 3 статьи 59 Федеральной конституции 1874 года упраздняется лишение свободы, назначаемое в случае неисполнения имущественных санкций. На основании статьи 42 Федерального закона от 12 июня 1959 года о налоге за освобождение от военной службы лицо, уклоняющееся от уплаты соответствующей суммы 108/ по обязательствам, определяемым этим законом, наказывается дисциплинарным арестом; однако в данном случае речь идет о недоговорной области, к которой, согласно четкой формулировке статьи 11 Пакта, данная статья не применяется.

Статья 12

Общие положения

187. Статья 45 Федеральной конституции гласит:

"Любой швейцарский гражданин может проживать в любой части страны. Ни один швейцарский гражданин не может быть выдворен из страны".

188. Свобода проживания была провозглашена в Швейцарии вместе с провозглашением Конституции 1874 года и созданием федеративного государства. В дальнейшем она была последовательно расширена путем принятия поправок к Конституции; современная редакция статьи 45 датируется 1983 годом. Понятие проживания включает обзаведение жилищем, а также свободу пребывания в любом месте страны. Так, например, свобода проживания гарантирует право лично проживать в любом месте страны, какой бы ни была длительность пребывания 109/.

189. Хотя выдворение какого-либо гражданина запрещено, его выдача на основании уголовно-правовых положений совместима с положениями статьи 45 Конституции. В самом деле, Швейцария выдает своих граждан лишь тем государствам, с которыми она

имеет соответствующие двусторонние соглашения, и в том случае, если наказуемое деяние является преступлением или правонарушением по швейцарскому праву. Наконец, швейцарский гражданин может быть выдан лишь с его согласия (статья 7 Федерального закона о международном сотрудничестве по уголовно-правовым вопросам).

190. Статья 47 Конституции предусматривает, что федеральное законодательство определяет различие между постоянным проживанием и пребыванием и устанавливает нормы, которые распространяются на швейцарцев, пребывающих в какой-либо части страны, с точки зрения их политических и гражданских прав. Такое законодательство никогда не принималось; в этой связи кантоны сохраняют полномочия осуществлять нормотворческую деятельность в данной области. Тем не менее они обязаны уважать принципы Федеральной конституции, и в особенности принцип равного обращения применительно к гражданам данного кантона и другим гражданам Конфедерации. В целом, согласно кантональным законам лица, намеревающиеся продлить свое пребывание свыше определенного срока, обязаны об этом сообщать (в некоторых кантонах регламентирующие полномочия делегированы коммунам). Федеральное право позволяет кантонам требовать от гражданина, намеревающегося обосноваться на их территории, представления свидетельства о происхождении или равнозначного удостоверения личности 110/. Свобода эмигрировать в равной степени гарантируется в полном соответствии с пунктом 2 статьи 12 Пакта. Она предусматривает обязательство местных органов власти выписывать и выдавать при необходимости свидетельства о происхождении и, в случае отъезда заинтересованного лица за границу, необходимые удостоверения личности 111/.

191. Конституционное право постоянного проживания в каком-либо районе страны принадлежит только швейцарцам. Кроме того, этим правом пользуются лишь физические лица, в то время как юридические лица подчиняются нормам гражданского права в том случае, если они хотят изменить свое местонахождение.

192. В отношении иностранцев составители Конституции предусмотрели в ее статьях 69-тер и 70 необходимые основы для отступления от принципа свободы постоянного проживания, разработав специальный режим, применяемый к иностранцам. В соответствии со статьей 69-тер компетенция между Конфедерацией и кантонами распределяется следующим образом:

- Конфедерация имеет право принимать законы о въезде, выезде, пребывании и постоянном проживании иностранцев.
- Кантоны, на основании федерального права, принимают решения относительно пребывания и постоянного проживания. В некоторых случаях требуется одобрение на федеральном уровне.

193. Основываясь на этой компетенции, Конфедерация приняла, в частности, следующие положения:

- Федеральный закон о предоставлении убежища от 5 октября 1979 года (RS 142.31) и постановления по его применению;
- Федеральный закон от 26 марта 1931 года о пребывании и постоянном проживании иностранцев (ЗППИ; RS 142.20);
- инструкции от 1 марта 1949 года по применению Федерального закона о пребывании и постоянном проживании иностранцев (ИППИ; RS 142.201);
- Указ от 6 октября 1986 года об ограничении численности иностранцев (СС 823.21);
- постановление Федерального совета от 10 апреля 1946 года относительно въезда и заявления о прибытии иностранцев (СС 142.211).

194. К этим законодательным документам прибавились различные международные конвенции и инструкции по применению.

195. ЗППИ от 1931 года является рамочным законом, содержащим общие принципы в области регламентирования режима пребывания иностранцев. Основываясь на этом законе, Федеральный совет определил свою политику в области иммиграции и конкретизировал ее в указе, ограничивающем численность иностранцев. Его целями являются следующие:

- обеспечение сбалансированного соотношения между численностью швейцарского населения и численностью проживающих в стране иностранцев;
- создание условий, благоприятных для интеграции иностранных трудящихся и резидентов;
- совершенствование структуры рынка труда и обеспечение оптимального равновесия в области занятости.

196. Во внутреннем праве не проводится различий между иностранными гражданами, законно находящимися на национальной территории, независимо от их этнической, расовой или национальной принадлежности, в том что касается регламентирования режима их пребывания. Преференциальное обращение, основанное на двусторонних или многосторонних международных договорах (например, на какой-либо конвенции о постоянном проживании) действует в отношении граждан некоторых государств и, в качестве такового, не противоречит цели Пакта.

Положение иностранцев в Швейцарии

197. Согласно швейцарскому праву иностранец не может отстаивать какое-либо право на предоставление, возобновление и продление своего разрешения на пребывание (статья 4 ЗППИ), кроме случаев, предусмотренных положениями международных договоров или особых положений внутреннего права.

198. Любой иностранец, на законном основании въехавший в Швейцарию, может проживать в стране без особого разрешения до истечения срока, в который он обязан заявить о своем прибытии, а если он сделал соответствующее заявление согласно установленным правилам, он может оставаться в стране до принятия решения относительно его просьбы о выдаче разрешения на пребывание или постоянное проживание, которую он должен представить одновременно с заявлением. Компетентные органы могут отступить от этого правила и вынести решение, сообразуясь с конкретным случаем (статья 1 ИППИ).

199. Въезд в Швейцарию рассматривается в качестве законного в том случае, когда иностранец выполнил предписания, касающиеся выдачи удостоверяющих документов, визы, пограничного контроля и т.д., и не нарушил какого-либо персонального запрета, в частности решения о высылке или отказе во въезде на территорию страны.

200. Пребывание без занятия какой-либо деятельностью (туризм; посещение и т.д.) может осуществляться без разрешения органов, занимающихся вопросами иностранцев, если его срок не превышает трех месяцев; по истечении трех месяцев пребывание должно прерываться. Пребывание рассматривается в качестве действительно прерванного в том случае, когда иностранец проводит за границей не менее одного месяца. В целом, периоды пребывания без разрешения не могут превышать шести месяцев в течение одного года.

201. Иностранец, которому требуется разрешение, должен для его получения заявить о своем прибытии компетентному органу по месту проживания до истечения срока, установленного законодательством. Разрешение выдается в принципе кантональным управлением по делам иностранцев после завершения, при необходимости, процедуры в органах, занимающихся вопросами трудовой деятельности. Иностранец может задействовать процедуру получения разрешения до въезда на территорию Швейцарии. В некоторых случаях он даже обязан это сделать. Кроме того, он обязан заявить о своем прибытии, даже если до въезда в Швейцарию он получил заверение в выдаче разрешения на пребывание или визы.

202. С точки зрения регулирования положения иностранцев ЗППИ различает две категории разрешений находиться в Швейцарии: разрешение на пребывание и разрешение на постоянное проживание.

203. Разрешение на пребывание (статья 5 ЗППИ) является ограниченным, отзываемым, действует лишь для выдавшего его кантона и может сопровождаться определенными условиями. Указ Федерального совета от 6 октября 1986 года об ограничении численности иностранцев (УОИ), различает несколько видов разрешений на пребывание:

- иностранцы получают, как правило, разрешение на пребывание сроком на один год;
- существуют также краткосрочные разрешения на пребывание;
- разрешения для стажеров выдаются в рамках соответствующих двусторонних соглашений;
- сезонные разрешения выдаются на срок до девяти месяцев, и имеющие их лица должны проводить за границей не менее трех месяцев за календарный год.

204. Разрешение на постоянное проживание предусматривается для иностранцев, которые желают обосноваться в Швейцарии (статья 6 ЗППИ). Такое разрешение является бессрочным и безусловным. Власти выдают его, как правило, после непрерывного пребывания в Швейцарии в течение десяти лет. Однако возможности оценки ситуации соответствующими органами ограничены рядом положений о постоянном проживании, которые устанавливают срок пребывания от 5 до 10 лет, дающий право на получение разрешения на проживание, а также статьями 7 и 17 ЗППИ.

205. Помимо этих двух упомянутых видов разрешений, иностранцам, проживающим в пограничной зоне какого-либо сопредельного государства и работающим в Швейцарии, могут выдаваться пограничные разрешения. Они дают право на работу, но не на проживание в Швейцарии. Лицо, проживающее в пограничной зоне, должно также ежедневно возвращаться в свое жилище.

206. При ратификации Пакта Швейцария сформулировала оговорку следующего содержания:

"Право на передвижение и свободный выбор своего местожительства применяется с учетом положений федерального законодательства об иностранцах, согласно которым разрешения на пребывание и постоянное проживание действительны лишь для выдавшего их кантона".

207. Эта оговорка была необходимой в связи с принципом (закрепленным в статье 8 ЗППИ), согласно которому разрешения, выдаваемые органами по делам иностранцев, действительны лишь для выдавшего их кантона. Хотя в принципе этот закон ограничивает свободный выбор местожительства иностранца на швейцарской территории, никаких ограничений на свободное передвижение внутри какого-либо кантона не существует.

208. Следует также уточнить, что иностранец может без дополнительного разрешения к имеющемуся у него разрешению на пребывание или постоянное проживание, пребывать до трех месяцев в другом кантоне, не осуществляя в нем коммерческой деятельности или работая не более восьми дней. В случае пребывания или занятия коммерческой деятельностью в течение более длительного срока и перед поступлением на работу он должен запросить согласие этого кантона, которое в таком случае равнозначно дополнительному разрешению.

209. Иностранец, перемещающийся в другой кантон (т.е. переводящий в него центр своих личных интересов), должен получить новое разрешение. Ему надлежит заявить о своем прибытии в течение восьми дней в органы по делам иностранцев о своем новом местожительстве. Если он не имеет права на постоянное проживание, он может поступить на работу лишь в случае предварительного получения разрешения указанных органов (пункт 3 статьи 3 и пункт 3 статьи 8 ЗППИ). Иностранцу, имеющему разрешение на постоянное проживание, в принципе разрешается менять кантон. Если он является гражданином какого-либо государства, с которым Швейцария заключила договор о постоянном проживании, он имеет право передвижения по кантонам, и ему может быть отказано в смене кантона лишь при наличии законных оснований для высылки.

Ограничения свободы проживания лиц, просящих убежища

210. В соответствии с пунктом 4 статьи 12 b) Закона о предоставлении убежища лицо, просящее убежища, должно оставаться в распоряжении федеральных и кантональных органов, компетентных в вопросах убежища, а также органов, занимающихся вопросами иностранцев, в течение всего срока процедуры. Однако это не означает, что данное лицо ограничено в свободе передвижения. Тем не менее оно не может изменять общину своего проживания без разрешения.

211. На начальных стадиях процедуры применяются значительно более строгие меры: в течение первых дней после подачи просьбы о предоставлении убежища податель такой просьбы размещается в одном из федеральных центров регистрации, который он не может покинуть без согласия ответственных лиц. В случае несоблюдения этого обязательства ему может быть предъявлено обвинение в нарушении его обязанности сотрудничать с властями, которые в наиболее серьезных случаях могут отказать в рассмотрении ходатайства 112/.

212. В ходе процедуры, связанной с предоставлением убежища, лицу, обратившемуся с такой просьбой, назначается место проживания. Однако это лицо сохраняет свою полную свободу передвижения в Швейцарии. Проситель убежища не может выезжать за границу в ходе процедуры рассмотрения ходатайства, поскольку он обязан представить свое удостоверение личности и другие удостоверяющие бумаги вместе со своей просьбой. Если иностранец все-таки выезжает за границу, разрешение на въезд будет выдаваться ему в рамках международных обязательств, взятых на себя Швейцарией.

Другие ограничения свободы проживания

213. Свобода проживания может быть объектом ограничений при том условии, что, как и в случае других основных прав, такое посягательство оправдывается общественным интересом, а также при наличии достаточной правовой базы и при уважении принципа соразмерности 113/.

214. Федеральный закон от 30 июня 1927 года о статусе государственных служащих, по примеру кантональных законов, предусматривает для гражданских служащих обязательство проживания. Федеральный суд признает конституционность этих кантональных норм (согласно статье 113 Конституции он не может контролировать конституционность какого-либо федерального закона), в частности по причинам, связанным с уплатой налогов или обеспечением определенной близости между государственными служащими и гражданами 114/. Однако эти законы предусматривают возможность отступлений, которые весьма широко применяются на практике.

Статья 13

215. Швейцарское законодательство, касающееся функций органов, занимающихся вопросами иностранцев, различает два основных вида мер удаления иностранцев из страны - возвращение и высылку.

Возвращение

216. Возвращение может иметь место после окончания официальной процедуры рассмотрения ходатайства о выдаче разрешения на пребывание. В случае отрицательного решения иностранцу устанавливается определенный срок для выезда с территории кантона, в котором было подано соответствующее ходатайство. Если отрицательное решение принимается каким-либо федеральным органом, то иностранец должен покинуть территорию Швейцарии (пункт 3 статьи 12 ЗППИ; пункт 2 статьи 17 ИППИ). Вышеуказанные решения выносятся в письменной форме, являются мотивированными и указывают пути обжалования.

217. Иностранцу, находящемуся в Швейцарии и не имеющему никакого разрешения, может быть предписано покинуть территорию страны в любое время без соблюдения какой-либо особой процедуры (пункт 1 статьи 12 ЗППИ и статья 17 ИППИ). Однако на практике такая возможность возвращения применяется весьма осмотрительно, и в большинстве случаев власти выносят официальные решения, указывая при этом существующие возможности обжалования. С другой стороны, обязательство выносить официальные решения вытекает также из процессуальных норм, за исключением некоторых крайне неотложных случаев.

Высылка

218. В швейцарском праве предусмотрено три вида решений о высылке:

- решение, принимаемое после вынесения приговора по уголовному делу, в соответствии со статьей 55 Уголовного кодекса и статьей 40 Военно-уголовного кодекса;
- решение, основывающееся на статье 10 ЗППИ (административная высылка);
- решение, принимаемое по политическим мотивам, обусловленным требованиями безопасности государства (статья 70 Конституции).

219. Решение о высылке, принимаемое судьей по уголовным делам, является дополнительной мерой наказания, применяемой только к иностранцам, осужденным к лишению свободы или тюремному заключению. Это решение может выноситься на срок от 3 до 15 лет. В случае условно-досрочного освобождения исполнение решения о высылке может быть отложено с установлением испытательного срока.

220. Следует отметить, что решение о высылке, предусмотренное положениями Уголовного кодекса, и аналогичное решение, выносимое административными органами, являются независимыми. Если для судьи по уголовным делам в перспективе вынесения решения о высылке возможность реинтеграции осужденного является основополагающим элементом, то органы по делам иностранцев, прежде всего заботятся о поддержании общественного порядка и безопасности. Федеральный суд признает, что эти органы могут выносить административные решения о высылке какого-либо иностранца, не будучи связанными приговором по уголовному делу, который не предусматривает высылку по решению суда или сопровождается решением о высылке с отсрочкой его исполнения 115/.

221. Осужденный располагает обычными в уголовном судопроизводстве средствами правовой защиты для обжалования постановления о высылке, вынесенного судьей по уголовным делам (кантональный кассационный суд; Федеральный суд. Описание этих средств правовой защиты содержится в базовом документе, представляющем собой общую часть настоящего доклада HRI/CORE/1/Add.29).

222. Административное решение о высылке предусмотрено в статье 10 ЗППИ. Это положение предусматривает, что иностранец может быть выслан из Швейцарии или какого-либо кантона лишь по одной из следующих причин:

- а) если он осужден каким-либо судебным органом за совершение преступления или правонарушения 116/;

- b) если его поведение в целом и его действия позволяют сделать вывод о том, что он не намерен подчиняться установленному в стране порядку или не способен это сделать;
- c) если в результате психического заболевания он нарушает общественный порядок;
- d) если он сам или лицо, которому он должен оказывать помощь в удовлетворении его материальных потребностей, постоянно и в значительной степени находится на попечении служб государственного вспомоществования.

223. Решение о высылке, независимо от его мотивов, выносится лишь тогда, когда оно представляется целесообразным ввиду всей совокупности обстоятельств (статья 11 ЗППИ и статья 16 ИППИ).

224. Иностранец имеет право обжаловать административное решение о высылке, что предусмотрено ЗППИ и федеральным законом о судостроительстве. Так, например, решение о высылке принимается кантональным органом, компетентным в области регулирования режима пребывания иностранцев (пункт 2 статьи 15 ЗППИ), и если в первой инстанции оно не выносится вышестоящим органом (например, правительством кантона), то существует возможность обжалования на кантональном уровне (статья 19 ЗППИ). Кроме того, решения о высылке должны мотивироваться в письменной форме и указывать сроки и орган обжалования. Истец или его представитель имеют право ознакомиться с материалами дела, если этому не препятствуют соображения общественного порядка и безопасности (статья 19 ЗППИ). После исчерпания кантональных средств правовой защиты истец может еще обратиться в Федеральный суд, используя возможность обжалования по административному праву (статьи 97, 98, 100 и 103 Федерального закона о судостроительстве).

225. Статья 70 Федеральной конституции гласит, что Конфедерация имеет право удалить со своей территории иностранцев, нарушающих внутреннюю или внешнюю безопасность Швейцарии. Речь в данном случае идет о мере полицейского характера, принимаемой в интересах внутренней или внешней политики Конфедерации, а не о наказании. Внутренняя безопасность нарушается поведением, которое серьезно угрожает политической ориентации, конституционным основам страны или общественному порядку. Внешней безопасности угрожает любое поведение, ослабляющее Швейцарию в ее средствах защиты или подвергающее серьезной опасности ее отношения с зарубежными странами. Высланное лицо может направиться в страну по своему выбору, и в данном случае речь не идет о выдаче.

226. Согласно статье 70 Конституции, решение о высылке принимается Федеральным советом, а его исполнение возлагается на кантоны. Такое решение не подлежит обжалованию, однако его применение является чрезвычайно редким.

227. Статья 1 седьмого дополнительного протокола к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, вступившего в силу в Швейцарии с 1 ноября 1988 года, в частности, гласит, что: "иностранец, на законном основании проживающий на

территории какого-либо государства, может быть выслан лишь во исполнение решения, принятого в соответствии с законом, и должен иметь возможность а) изложить причины, говорящие против его высылки; б) добиться рассмотрения своего дела и с) быть представленным с этой целью в компетентном органе или перед лицом или несколькими лицами, назначенными этим органом". Согласно этому положению, иностранцу, высланному на основании статьи 70 Конституции, следует разрешить воспользоваться этими правами. Тем не менее, по мнению Федерального совета, это практически не совместимо с решением, принятым по причинам государственной безопасности. Суд считает, что если после тщательного рассмотрения власти сочтут, что высылка является необходимой по причинам внутренней или внешней безопасности Швейцарии, заслушивание заинтересованного лица более не является необходимым. В этой связи Швейцария высказала соответствующую оговорку в ходе ратификации седьмого протокола. Учитывая тот факт, что в статье 13 настоящего Пакта предусмотрены "императивные соображения государственной безопасности", такая оговорка к Пакту не являлась необходимой, поскольку статья 70 Конституции в полной мере обеспечивает соблюдение предписаний этого положения.

228. Добавим, что иностранец не может быть выслан в страну, где он рискует подвергнуться пыткам или бесчеловечному или унижающему достоинство обращению (принцип недопущения принудительного возвращения, см. ПФС 111 lb 70 и выше, материалы к статье 7 Пакта). Кроме того, в определенных случаях Федеральный суд считает, что высылка может нарушить право на уважение семейной жизни, гарантируемое статьей 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 117/.

Статья 14

Пункт 1

229. Пункт 1 статьи 14 настоящего Пакта, по примеру статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ), содержит изложение основных принципов, гарантирующих справедливое судебное разбирательство. В Швейцарии, несмотря на то, что кантоны являются суверенными в области судопроизводства и судоустройства, Федеральный суд тем не менее контролирует соответствие кантональных норм принципам, вытекающим из статьи 4 (право на равенство) и 58 (право на рассмотрение дела судьей) Федеральной конституции, а также ЕКПЧ.

Сфера применения

230. Поскольку пункт 1 статьи 14 применяется к уголовным обвинениям, а также спорам, касающимся прав и обязанностей гражданского характера, следует сразу же уточнить смысл этих понятий в швейцарском праве.

231. В соответствии с судебной практикой органов Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод эти термины не должны толковаться на основании простой ссылки на внутреннее право; напротив, они имеют самостоятельное значение, уточняемое правовой практикой, касающейся статьи 6 ЕКПЧ.

232. В том что касается споров гражданского характера, Федеральный суд в своем недавнем постановлении 118/ напомнил принципы, установленные Европейским судом по правам человека, согласно которым термин "споры относительно прав и обязанностей" не должен рассматриваться исключительно в техническом смысле, а требует, скорее, материального, нежели формального определения 119/. Оспаривание должно быть реальным и серьезным, оно может касаться как наличия какого-либо права, так и его пределов или условий его осуществления. Оно может касаться как вопросов существа, так и вопросов права. Тем не менее спор, отвечающий этим критериям, будет квалифицироваться в качестве "оспаривания" лишь тогда, когда его предмет касается фактов или прав, подлежащих судебному контролю 120/.

233. Органы Европейской конвенции никогда не давали общего и абстрактного определения того, что следует понимать под термином "гражданский характер". Таким образом, их толкование имеет казуистическую природу и признает в целом гражданский характер за "частными" правами (личность, семья, наследование, обязательства, компании, реальные права и интеллектуальная собственность и т.д.). Напротив, преобладающий публичный характер некоторых прав исключает их из сферы применения статьи 6 ЕКПЧ; так обстоит дело, в частности, с правом государственной службы, налоговым правом, правом органов по делам иностранцев и правом убежища.

234. В связи с самостоятельностью договорного понятия "прав гражданского характера" некоторые дела, относящиеся в Швейцарии к области публичного права, должны отныне рассматриваться в качестве предусматривающих гражданские споры по смыслу статьи 6 ЕКПЧ. Так обстоит дело главным образом в области права на строительство и обустройство территории или укрупнения земельных участков (процедуры экспроприации) 121/. Ссылаясь на правовую практику Европейского суда, Федеральный суд отныне считает, что дисциплинарная санкция приостановления действия права на осуществление какой-либо свободной профессии ущемляет права гражданского характера 122/. Многие аспекты законодательства в области социального обеспечения также рассматривались в качестве затрагивающих права гражданского характера 123/. Можно констатировать, что Федеральный суд в значительной степени учитывает толкование органов Конвенции; тот факт, что их правовая практика находится в постоянной эволюции, создает, однако, определенную неуверенность в отношении определения и сферы охвата понятия прав и обязанностей гражданского характера.

235. Термины "обвинение" и "уголовное" также включены в текст статьи 6 ЕКПЧ. Они в равной степени являются предметом самостоятельного толкования. Европейский суд определил обвинение как "уведомление официальным органом, инкриминирующее

совершение уголовного правонарушения, или даже как меры, предполагающие такое инкриминирование и влекущие за собой существенные последствия для положения подозреваемого" 124/. Федеральный суд согласился с таким толкованием 125/. Европейское уголовное судопроизводство устанавливает критерии различия между уголовным и дисциплинарным правонарушениями (сфера применения соответствующей нормы, природа и серьезность предусматриваемой санкции). Применяя эти принципы, Федеральный суд увязал с областью уголовного права административный штраф, предусмотренный в строительном праве коммун и налагаемый административными службами 126/, а также аналогичный штраф за нарушение правил дорожного движения 127/.

Гарантия справедливого судебного разбирательства

236. В первом предложении статьи 14 Пакта, применительно к области судопроизводства, воспроизводится общий принцип равенства, гарантируемый в Швейцарии статьей 4 Конституции. В этой связи в данном контексте в равной степени справедливы соображения, высказанные относительно статьи 2 Пакта. Что касается правовой основы функционирования судебных органов, то статья 58 Федеральной конституции предусматривает следующее:

1. Никому не может быть отказано в рассмотрении его дела судьей по подсудности. В этой связи исключается создание чрезвычайных судов.
2. Церковные суды упраздняются.

237. Основной целью этой нормы является обеспечение того, чтобы никто не подвергался судебному разбирательству *ad hoc* или *ad personam*, но чтобы, напротив, судебное разбирательство осуществлялось в соответствии с общими абстрактными нормами, т.е. при наличии законодательства о судостроительстве. Так, например, статья 58 Конституции предполагает существование иерархии компетенций, регулируемой законом. Эта статья касается в первую очередь кантональных законодательных органов, на которые возложена задача принятия законодательства о судостроительстве. В самом деле, как уже указывалось, компетенцией в области судостроительства, отправления правосудия и процессуальных действий как в гражданском, так и в уголовном процессе наделены кантоны. Статья 58 обеспечивает защиту физических и юридических лиц, швейцарцев и иностранцев, истца и ответчика. Однако лица, которые лишь косвенно участвуют в процессе (адвокаты, свидетели, эксперты и т.д.), не могут ссылаться на эту статью 128/.

238. Запрет на создание чрезвычайных судов применим также к тем случаям, когда какой-либо спор рассматривается в чрезвычайном порядке и произвольно каким-либо некомпетентным судом 129/, или когда речь идет о произвольном составе обычного суда 130/. Это не означает, что кантоны или Конфедерация не могут на законном основании создавать специальные суды с ограниченной компетенцией в некоторых конкретных областях (суды по арендным договорам; торговые суды; комиссии по

обжалованию в вопросах предоставления убежища, налогообложения и т.д.). Напомним, что военные суды являются не чрезвычайными судами, а такими специальными судами, деятельность которых регламентируется общими и абстрактными нормами 131/.

239. Статья 58 Конституции гарантирует, в частности, право на беспристрастное и независимое судебное разбирательство как применительно к властям, так и к сторонам процесса. Хотя это право конкретизируется в кантональных законах о судостроительстве, Федеральный суд осуществляет надзор за тем, насколько эти законы удовлетворяют конституционным гарантиям. Так например, были сочтены несовместимыми с требованием независимости и беспристрастности судьи тот факт, что его супруг (супруга) работали в бюро поверенного одной из сторон процесса или являлись поверенными такой стороны, а также факт наличия в составе суда магистрата, ранее выполнявшего функции следственного судьи (система личной унии) 132/. Отметим, что по примеру Европейского суда по правам человека Федеральный суд считает, что для отвода судьи законным образом его уведомление не является обязательным; достаточным является наличие обстоятельств, позволяющих обоснованно опасаться отсутствия должной беспристрастности 133/. Возможно, именно в толковании понятия беспристрастности и независимости судов правовая практика Европейского суда по правам человека оказала наибольшее воздействие на швейцарское право. Речь в данном случае идет о ярком примере включения международного права прав человека во внутренний правопорядок.

240. Отвод регулируется процедурными нормами каждого кантона, которые, в соответствии с федеральным конституционным правом, должны его предусматривать. Так же дело обстоит с условиями избираемости судей, продолжительностью их мандата, несовместимостью функций, присягой и т.д., которые регулируются кантональными (и федеральным) законами в области гражданского, уголовного и административного судопроизводства. Поскольку невозможно подробно рассмотреть соответствующие положения кантональных процессуальных кодексов, ниже в качестве примера приводятся нормы, предусмотренные Федеральным законом о судостроительстве от 16 декабря 1943 года (прилагается) и применяемые Федеральным судом:

"Статья 2

Любой швейцарский гражданин, который может быть избран в Национальный совет, может избираться судьей или его заместителем.

Члены Федерального собрания и Федерального совета, а также чиновники, назначаемые этими органами, не могут быть судьями или их заместителями.

Статья 3

Судьи не могут выполнять какие-либо иные государственные обязанности или функции на службе Конфедерации или кантона, ни продолжать другую карьеру или заниматься профессиональной деятельностью.

Они не могут занимать посты директора, управляющего или сотрудника какого-либо административного органа, органа по наблюдению или контролирующего органа какой-либо компании или предприятия коммерческого характера.

Статья 4

Родственники и свойственники по прямой линии или до четвертой степени родства по боковой линии, а также супруги и супруги братьев или сестер не могут одновременно выполнять функции судьи или заместителя в Федеральном суде, федерального следственного судьи, генерального прокурора Конфедерации или функции других представителей прокуратуры.

В том случае, если при вступлении магистрата или чиновника в брак возникает несовместимость функций, такое должностное лицо слагает с себя в этой связи свои полномочия.

Статья 5

Срок действия полномочий судей и заместителей составляет шесть лет. Вакантные места занимаются на следующей сессии Федерального собрания на оставшийся период.

Статья 9

Вступая в должность в первый раз, федеральные судьи и судебные работники приносят присягу о добросовестном выполнении своих функций.

[...]

Присяга может заменяться торжественным обещанием 134/.

Статья 22

Судьи или заместители, представитель прокуратуры Конфедерации, следственные судьи, их стряпчие и присяжные должны заявлять самоотвод:

а) при рассмотрении дела, непосредственно касающегося их самих, их жен, невест, родственников или свойственников до степени родства, указанной в статье 4; мужа сестры или жены брата их супруги; лиц, опекунами или попечителями которых они являются, или с которыми они связаны узами усыновления;

b) при рассмотрении дела, в котором они ранее выступали в другом качестве, а именно в качестве членов административного или судебного органа, либо в качестве судебных работников, либо в качестве советников, уполномоченных или адвокатов какой-либо стороны, либо в качестве экспертов или свидетелей.

Кроме того, судья, заместитель или присяжный должны заявлять самоотвод, если они являются родственниками или свойственниками уполномоченного или адвоката какой-либо стороны по прямой линии, а также по боковой линии до второй степени родства.

Статья 23

Судьи или заместители, представитель прокуратуры Конфедерации, следственные судьи и их стряпчие или присяжные могут быть отведены сторонами или заявить самоотвод:

- a) в деле юридического лица, участниками которого они являются;
- b) если они находятся с одной из сторон дела в отношениях тесной дружбы или близости, связаны обязательствами или особой зависимостью 135/;
- c) если существуют обстоятельства, способные создать применительно к ним видимость пристрастности в процессе 136/.

241. Действия, в которых участвовал судья или чиновник, подлежавший отводу, могут быть оспорены каждой из сторон (статья 28 ФЗС).

242. Пункт 1 статьи 6 ЕКПЧ, как и статья 14 Пакта, гарантирует публичность судебного разбирательства. Федеральная судебная практика выводит это право из статьи 4 Федеральной конституции; кантональные и федеральные законы о судостроительстве конкретизируют это положение (см., например, статью 17 ФЗС, статью 50 Конституции кантона Берн, статью 78 Конституции кантона Люцерн и т.д.).

243. Принципа публичности, гарантируемого ЕКПЧ, касаются многие судебные постановления, обзор которых приводится ниже.

- Принцип публичности распространяется не только на стороны процесса, но также и на публику в целом, что должно исключить возможность любого "кабинетного" отправления правосудия (ПФС 113 Ia 416). Он обеспечивает защиту всех сторон процесса от тайного правосудия, ускользающего из-под контроля населения. Он способствует также сохранению доверия граждан к судам (ПФС 115 V 245; 119 Ia 99);

- публичность судебного разбирательства обеспечивает контроль за отправлением правосудия со стороны общественного мнения. В этом смысле публичность является гарантией для обвиняемого, а также для любой стороны процесса (ПФС 115 V 255; 111 la 244; 119 la 99);
- принцип публичности предполагает проведение прений, по крайней мере на одном этапе процедуры (Европейский суд по правам человека, дело Вебера против Швейцарии, постановление от 22 мая 1990 года, серия А 177). Принцип публичности судебного разбирательства применяется также в том случае, когда имеется возможность обжалования. Однако он не является нарушенным, если кассационный суд, который имеет лишь ограниченную юрисдикцию, выносит решение на основании письменной процедуры в случае проведения разбирательства по первой инстанции (решение Кассационного суда кантона Цюрих от 17 сентября 1991 года);
- принцип публичности не нарушается, когда разбирательство проводится в отсутствие одной из сторон, которая намеренно уклоняется или отказывается от явки в суд (постановление Федерального суда от 23 декабря 1991 года в ШЖМЕП, 1992, р. 508). Так же обстоит дело, когда публичность процедуры не предусмотрена в законе для всех случаев, а обеспечивается лишь по просьбе одной из сторон или по решению компетентного органа (ПФС 115 V 256).

244. Публичность судебного разбирательства может полностью или частично исключаться в соответствии с положениями статьи 17 ФЗС в интересах безопасности государства, общественного порядка или нравственности, или когда того требуют интересы какой-либо стороны или лица. Так, например, считается приемлемым проведение закрытого заседания по делам о нравственности (ПФС 111 la 244), по уголовным делам несовершеннолетних (ПФС 108 la 90) или по делам о лишении свободы в целях оказания помощи (ПФС 114 la 189). Аналогичным образом было сочтено допустимым проводить закрытое заседание на срок (подробного) чтения протокола психиатрической экспертизы (приговор Кассационного суда кантона Вале от 30 марта 1988 года) или в исключительных случаях проводить заседание, закрытое для публики, но не для прессы (ПФС 117 la 387). Напротив, сами по себе соображения, касающиеся состояния физического и психического здоровья подсудимого, не оправдывают проведения закрытого заседания (приговор Кассационного суда кантона Вале от 30 марта 1988 года). В принципе, публике нельзя запрещать присутствовать на заседаниях исключительно в интересах третьей стороны, не являющейся стороной процесса, кроме некоторых обстоятельств, когда речь идет о свидетелях или пострадавших лицах (Кассационный суд кантона Граубюнден, постановление от 12 ноября 1986 года).

245. Присоединяясь к Пакту, Швейцария высказала оговорку по вопросу о публичности судебного разбирательства. Ниже анализируются причины такого решения, а также содержание и сфера охвата этой оговорки.

246. Касаясь публичности провозглашения приговора и в соответствии с европейской судебной практикой, Федеральный суд вынес решение о том, что провозглашение приговора в отсутствие публики не нарушает Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод, если публике предоставляются другие возможности ознакомиться с содержанием приговора (публикация наиболее важных решений в сборниках юридических актов; возможность для любого лица, способного подтвердить свой законный интерес, ознакомиться с текстом приговора и т.д.) 138/. Кроме того, публичное провозглашение приговора не предполагает, что приговор должен быть вынесен устно; достаточно, чтобы с текстом приговора публика могла ознакомиться у секретаря суда (административный суд кантона Цюрих, постановление от 11 декабря 1991 года). Оговорка, высказанная Швейцарией в отношении пункта 1 статьи 14 Пакта, охватывает также публичность провозглашения приговора. Эта оговорка анализируется ниже (пункты 247 и след.). Добавим, что в некоторых кантональных уголовно-процессуальных кодексах четко предусматривается публичность провозглашения приговора. Так, например, дело обстоит в кантонах Во (статьи 366-368), Фрибург (статья 39), Ааргау (статья 166), Женева (статья 326) и т.д.

247. В отношении пункта 1 статьи 14 настоящего Пакта Швейцария высказала следующую оговорку:

"Принцип публичности судебного разбирательства не применим к процедурам, касающимся оспаривания прав и обязанностей гражданского характера или обоснованности уголовного обвинения, которые, в соответствии с кантональными законами, имеют место в административных инстанциях. Принцип публичности провозглашения приговора применяется без ущерба для положений кантональных законов в области гражданского и уголовного процесса, предусматривающих, что приговор не выносится в открытом заседании, но сообщается сторонам в письменном виде.

Гарантия справедливого судебного разбирательства в отношении споров, касающихся прав и обязанностей гражданского характера, предусматривает исключительно обеспечение судебного контроля в последней инстанции за действиями или решениями государственного органа, касающимися таких прав. Под судебным контролем в последней инстанции понимается судебный контроль, ограниченный применением закона, как, например, контроль кассационного типа".

248. Этот текст соответствует тексту оговорки и толковательному заявлению Швейцарии в отношении Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Такой параллелизм объясняется последовательностью в сфере охвата международных обязательств. Однако, поскольку Европейский суд по правам человека высказал критические замечания в отношении действительности этой оговорки и толковательного заявления (применительно к ЕКПЧ), следует проанализировать здесь соответствующие постановления и показать их последствия для равнозначной оговорки к статье 14 Пакта.

249. 29 апреля 1988 года Европейский суд по правам человека в своем постановлении по делу Белилос (серия А 132) вынес решение о том, что толковательное заявление Швейцарии в отношении судебного контроля в последней инстанции за расследованием споров в отношении уголовных и гражданских дел не соответствует предписаниям статьи 64 ЕКПЧ, которая запрещает оговорки общего характера и предписывает, что любая оговорка должна содержать "краткое изложение соответствующего закона".

250. Правительство Швейцарии, отмечая, что постановление по делу Белилос касалось уголовного права, пришло к выводу о том, что толковательная оговорка остается применимой в области гражданских дел. В этой связи оно уточнило соответствующий текст (его вариант был воспроизведен в оговорке, касающейся пункта 1 статьи 14 Пакта) и добавило к нему перечень соответствующих федеральных и кантональных положений. Однако Федеральный суд в постановлении от 17 декабря 1992 года 139/ объявил недействительным это новое заявление по той причине, что оно не было представлено в ходе присоединения к Конвенции, как того требует статья 64 ЕКПЧ.

251. Что касается оговорки в отношении принципа публичности судебного разбирательства (пункт 1 статьи 6 ЕКПЧ), то Европейский суд по правам человека объявил ее недействительной в своем постановлении от 22 мая 1990 года по делу Вебера против Швейцарии (серия А 177). В этой связи представляется, что как толковательное заявление о конечном судебном надзоре, так и оговорка о публичности судебного разбирательства являются недействительными применительно к ЕКПЧ. Что касается оговорки в отношении публичности провозглашения приговора, то вопрос о ее действительности пока еще окончательно не решен до сегодняшнего дня (по этому вопросу см. ниже пункт 253).

252. Что касается влияния этих решений на действительность оговорки, относящейся к пункту 1 статьи 14 Пакта, можно констатировать, что признание Судом недействительными оговорок к ЕКПЧ (за исключением оговорки, касающейся публичности провозглашения приговора) объясняется несоблюдением условий действительности оговорок, изложенных в статье 64 ЕКПЧ. Эта статья предписывает, в частности, что любая оговорка должна представляться в ходе подписания Конвенции и сопровождаться кратким изложением соответствующих законов. Однако настоящий Пакт не предусматривает равнозначных условий. Кроме того, оговорки, сделанные Швейцарией к пункту 1 статьи 14 Пакта, соответствуют Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года, и, таким образом, их действительность не может быть поставлена под сомнение. Однако в той мере, в какой недействительность оговорок к ЕКПЧ имела и будет иметь непосредственное воздействие на швейцарское законодательство, которое должно быть соответствующим образом изменено, сохранение аналогичных оговорок к настоящему Пакту не будет оправданным после осуществления таких изменений. Таким образом, эти оговорки можно будет снять.

253. Действительность оговорки относительно публичности провозглашения приговоров (в соответствии с которой достаточно, чтобы приговор сообщался сторонам в письменном виде) не была поставлена под сомнение Европейским судом по правам человека 140/. Однако из этого нельзя сделать вывод о том, что ее возобновление в отношении статьи 14

Пакта не является оправданным. В самом деле в своем замечании общего порядка 13 (21) Комитет по правам человека подчеркивает, что "судебное решение, за некоторыми строго определенными исключениями, должно быть вынесено публично". Однако невозможно предрешать вопрос о том, будет ли Комитет, по примеру Европейского суда по правам человека 141/, считать, что простое сообщение решения сторонам, сопровождающееся публикацией наиболее важных решений в официальных сборниках и доведением их до сведения лиц, имеющих к ним подтвержденный законный интерес 142/, является достаточным для удовлетворения требований публичности вынесения судебного решения. Впрочем, несмотря на то, что швейцарская практика в области публичности вынесения судебных решений рассматривалась как соответствующая положениям ЕКПЧ, она может вызвать трудности в некоторых особых случаях. Власти отдают себе в этом отчет, о чем свидетельствует недавнее решение Департамента юстиции кантона Цюрих, согласно которому публичность судебного разбирательства служит коллективным политическим интересам, превалирующим над личными интересами обвиняемого, и приговор в этой связи может не разглашаться лишь по причинам государственной безопасности или защиты несовершеннолетних 143/.

Пункт 2

254. Статьи 6 ЕКПЧ и 14 Пакта гарантируют принцип презумпции невиновности, в соответствии с которым любое лицо, преследуемое в уголовном порядке, считается невиновным, пока его виновность не будет бесспорно и законно подтверждена приговором, не подлежащим отмене. Аналогичным образом недостаточность доказательств у органа, выносящего решение, порождает сомнение, толкуемое в пользу обвиняемого (*in dubio pro reo*) 144/.

255. Согласно правовой практике, этот принцип влечет за собой различные обязательства для государственных органов. Так, например, они должны проводить разбирательство беспристрастно и без каких бы то ни было предвзятых суждений в отношении виновности подсудимого. Судья или чиновник высокого ранга может, разумеется, информировать публику о ведущемся уголовном расследовании или подозрениях, лежащих на каком-либо лице, однако при этом он не должен способствовать тому, чтобы у кого-то сформировалось мнение о виновности конкретного лица до окончания судебного разбирательства 145/.

256. Федеральный суд имел возможность высказаться по вопросу о связи между презумпцией невиновности и газетными публикациями, в которых необъективно освещался ход незаконченных разбирательств. Федеральный суд, в частности, отметил опасность воздействия таких статей на орган, выносящий решение, и пришел к выводу о том, что каждый абзац газетной публикации, в которой высказываются упреки в адрес подсудимого, должен быть отредактирован таким образом, чтобы из него ясно следовало, что речь идет лишь о подозрениях и что по делу ведется судебное разбирательство 146/.

257. Принцип презумпции невиновности предполагает, что бремя доказывания лежит на обвинении. Другими словами, обвиняемый не должен доказывать свою невиновность. Точно также в случае недостаточных доказательств сомнения толкуются в пользу обвиняемого 147/.

258. Лишь в редких случаях бремя доказывания ложится на подсудимого. Так, например, обстоит дело в случае диффамации, когда подсудимый ссылается на "оговорку о правдивости" (статья 173 УК), или в случае оправдывающих доказательств (необходимая оборона, состояние необходимости и т.д.). Однако речь здесь идет об обычном применении права быть выслушанным и представлять доказательства в свою защиту.

259. Другой проблемой, связанной с презумпцией невиновности, является проблема, характерная для некоторых кантональных процессуальных законов, предусматривающих, что лицу, в отношении которого был вынесен оправдательный приговор или в действиях которого не было обнаружено состава преступления, может быть предписана уплата всех или части судебных издержек, если это лицо по своей вине спровоцировало или затянуло разбирательство своего дела (например, статьи 207 УПК кантона Вале, 262 УПК кантона Берн, 158 УПК кантона Во и т.д.). В одном из дел, касающемся Швейцарии, Европейский суд по правам человека постановил, что подобные решения нарушают презумпцию невиновности, если суд в констатирующей части постановления по вопросу о судебных издержках прямо или косвенно дает понять, что он считает соответствующее лицо виновным, хотя само разбирательство не закончилось вынесением обвинительного приговора 148/. В самом деле, подобная практика равнозначна признанию какого-либо лица виновным, не позволяя ему организовать свою защиту в ходе разбирательства в соответствии с пунктом 1 статьи 6 ЕКПЧ и статьей 14 настоящего Пакта. Федеральный суд действовал в соответствии с этим решением. В частности, он постановил, что "факт возложения судебных издержек на освобожденного подсудимого нарушает принцип презумпции невиновности не только в случае, когда текст решения содержит прямую негативную оценку, но также и в том случае, когда негативная оценка тем или иным образом вытекает из текста решения" 149/. Таким образом, уплата судебных издержек может быть возложена на освобожденного подсудимого лишь в том случае, когда он совершенно очевидно наказуемым образом нарушил законную норму поведения (а не, в частности, какую-либо этическую норму), вытекающую из швейцарского правопорядка и в этой связи спровоцировал или затянул процедуру разбирательства 150/. Однако очевидно, что простое осуществление прав защиты, в частности права хранить молчание, не является наказуемым поведением 151/.

Пункт 3

260. Пункт 3 статьи 14 предусматривает различные гарантии, которыми должно пользоваться любое лицо, обвиняемое в уголовном преступлении. В целом эти гарантии содержатся в различных кантональных уголовно-процессуальных законах (в качестве примера

ниже содержатся ссылки главным образом на Федеральный уголовно-процессуальный закон от 15 июня 1934 года, именуемый ниже УПЗ, текст которого прилагается к настоящему докладу). В той мере, в которой гарантии, предоставляемые кантональными уголовно-процессуальными нормами, оказываются недостаточными применительно к положениям статьи 14, Федеральный суд, во исполнение статьи 4 Конституции и статьи 6 ЕКПЧ, заполняет эти пробелы на основании публично-правового иска 152/.

Право быть информированным в отношении уголовного обвинения

261. Право, закрепленное в пункте 3 а) статьи 14 Пакта, толкование которому Комитет дал в своем замечании общего порядка 13 (21), признается в кантональном и федеральном уголовном процессе (см. статьи 40 и 41 УПЗ, 61 УПК кантона Вале, 138 УПК кантона Невшатель). Когда эта гарантия не является ясно выраженной (в кантональных кодексах, как правило, специально не предусматривается, что уведомление делается на языке, который понимает подсудимый. Однако во всех кантональных кодексах, за исключением кодекса кантона Цуг, предусматривается присутствие переводчика), она выводится из статьи 4 Конституции 153/.

262. По мнению Федерального суда, недостаточно изложить подсудимому все инкриминируемые ему факты; необходимо, чтобы эти факты были квалифицированы с юридической точки зрения 154/. Однако обвиняемый, по его просьбе 155/, имеет право лишь на перевод основных документов по делу (т.е. согласно практике Европейского суда по правам человека, тех документов, которые необходимы для обеспечения справедливого судебного разбирательства), если он не в состоянии оплатить расходы на перевод 156/.

Право иметь достаточное время и возможности для подготовки своей защиты

263. Все кантональные уголовно-процессуальные законы, а также Федеральный уголовно-процессуальный закон (статьи 35-38 УПЗ) предусматривают, что обвиняемый имеет право пользоваться помощью защитника по своему выбору. Когда обвиняемый не использует это право, по некоторым категориям дел ему в обязательном порядке назначается защитник (статья 104 УПК кантона Во предусматривает, например, такую "обязательную" помощь защитника по всем делам, в которых участвует прокуратура, или в тех случаях, когда предварительное заключение длится более 30 суток). Защитники должны в принципе быть адвокатами или стажерами, внесенными в список членов кантональной коллегии адвокатов; адвокаты других кантонов или иностранцы могут также осуществлять защиту на основе выданного разрешения.

264. Если обвиняемый находится под стражей, ему разрешается сноситься со своим защитником после первого допроса, проводимого судьей. Кантональные кодексы предусматривают, что в принципе контакты с защитником являются свободными, однако на практике допускаются ограничения в отдельных исключительных случаях, когда это предусмотрено законом, когда того требуют общественные интересы и когда такая мера является пропорциональной 157/. Тем не менее Федеральный суд полагает невозможным ограничивать свободные контакты с защитником в ходе всего следствия 158/. Что

касается Европейского суда по правам человека, то он в постановлении от 28 ноября 1991 года по делу С. против Швейцарии счел чрезмерными ограничения контактов обвиняемого, которому инкриминируются деяния, представляющие собой угрозу общественному порядку (покушения с использованием взрывчатых веществ), с его адвокатом. В данном конкретном случае корреспонденция перлюстрировалась и подчас изымалась, адвокат имел лишь частичный доступ к материалам дела, а некоторые из его бесед с обвиняемым проходили в присутствии сотрудника полиции, который вел запись беседы. По мнению суда, эти меры, действовавшие в течение более семи месяцев, являлись несоразмерными (бесспорной) серьезности правонарушения и предполагаемой опасности сговора. Это постановление подчеркивает чрезвычайный характер любого ограничения свободы контактов между адвокатом и его клиентом. В нем закрепляется также принцип нерушимой тайны их беседы. Напомним, наконец, что в тех кантонах, где существует практика "содержания в изоляции" некоторых подсудимых, серьезное ограничение контактов с внешним миром, обусловленное такой мерой, не препятствует контактам с адвокатом, даже если власти осуществляют за ними надзор 159/.

265. Сторона процесса или ее уполномоченный имеют право на ознакомление с материалами дела. Этот принцип действует для всех важных документов в целях подготовки защиты (т.е. в отношении всех документов, которые могут служить основанием какого-либо решения). Мотивированные ограничения в целях защиты преобладающих общественных или частных интересов (защита лиц, призванных давать показания, защита прав личности и т.д.) являются возможными, однако в таком случае действует правило, аналогичное положению статьи 28 Федерального закона от 20 декабря 1968 года об административном судопроизводстве, гласящее, что документ, в ознакомлении с которым было отказано одной из сторон, может использоваться не в ее пользу лишь в том случае, если соответствующий орган устно или письменно сообщил ей основное содержание этого документа и дал ей, кроме того, возможность высказать свое мнение и представить контраргументы. С другой стороны, право на ознакомление с материалами дела не гарантируется на всех стадиях судопроизводства и обычно исключается на его начальных этапах.

266. На вопрос о том, имел ли в данном конкретном случае обвиняемый достаточное время для подготовки своей защиты, нельзя дать общий ответ; следует учитывать конкретные обстоятельства, в частности сложность материалов дела 160/. По мнению Федерального суда, следующие причины могут оправдывать весьма краткие (в несколько часов) сроки подготовки защиты: опасность того, что обвиняемый будет отбывать предварительное заключение свыше краткого срока лишения свободы, который по всей вероятности, будет ему назначен, а также отсутствие серьезного характера инкриминируемых правонарушений и противоречивых суждений по фактической стороне дела 161/.

Право быть судимым без неоправданной задержки

267. В отличие от редакции пункта 3 с) статьи 14 настоящего Пакта как швейцарское право, так и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод гарантируют право быть судимым в разумные сроки также и по гражданским делам. Однако признается, что в уголовном судопроизводстве данный принцип приобретает особое значение (в особенности в случае предварительного заключения; см. пункт 3 статьи 9 Пакта). Этот принцип четко предусмотрен в ряде кантональных конституций (например, в конституциях кантонов Цюрих, Ури, Нидвальден и Юра).

268. Обширная федеральная и европейская судебная практика позволила наметить некоторые основные направления в данной области; так, например, признается, что в области уголовного судопроизводства сроки производства по делу исчисляются с момента официального уведомления лица о выдвигаемых против него уголовных обвинениях до приговора последней инстанции 162/.

269. "Разумная" продолжительность уголовного судопроизводства не может быть установлена в целом. Она определяется исходя из конкретных обстоятельств каждого дела. Европейский суд по правам человека выявил несколько критериев, позволяющих судить о чрезмерной длительности сроков судопроизводства (сложность дела; значение дела для сторон; отношение сторон и официальных органов), которые также приняты Федеральным судом. В качестве примера можно привести два решения: согласно первому из них, срок в 12 лет между началом судопроизводства и приговором первой инстанции "далеко превышает сроки, рассматриваемые в качестве разумных", а согласно второму, срок в 7 лет является допустимым для сложной процедуры, в которой участвует более 20 компаний 163/.

Право защищать себя лично

270. Право на слушание дела, выводимое из статьи 4 Конституции, предполагает право присутствовать в ходе судебного разбирательства и провозглашения приговора по уголовному делу, а также право на помощь адвоката. В нижеследующих пунктах рассматривается, с одной стороны, режим юридической помощи, а с другой - порядок постановления приговора в отсутствие подсудимого.

271. С момента предъявления обвинения обвиняемый информируется о своем праве на получение помощи защитника по своему выбору. Выдача разрешений на занятие адвокатской практикой, а также ее регламентирование относятся к области кантонального права. Во всех кантонах адвокаты должны соглашаться выступать в качестве "назначенных" защитников и вести такие дела с той же тщательностью, как и дела в рамках своей частной практики.

272. Практика Федерального суда дает обвиняемому конституционное право на юридическую помощь (которая предусмотрена в конституциях или уголовно-процессуальных кодексах многих кантонов) в следующих случаях:

- когда совершенное правонарушение является достаточно серьезным (речь не идет о "простейшем" случае) и дело сопряжено с фактическими или правовыми трудностями, которые обвиняемый не сможет преодолеть без посторонней помощи;
- когда обвиняемому угрожает лишение свободы сроком более 18 месяцев или достаточно серьезная мера наказания;
- в других конкретных случаях, которые, не являясь столь серьезными, характеризуются особенностями, вызывающими необходимость юридической помощи (когда предварительное заключение или состояние здоровья препятствуют обвиняемому удовлетворительным образом подготовить свою защиту; когда в деле будет участвовать прокуратура и т.д.).

273. Назначение защитника "по должности" не исчерпывает обязанностей судебных органов, которые должны следить за тем, чтобы адвокат выполнял свои функции с надлежащей тщательностью 164/. В этой связи возникает вопрос о том, с какого момента обвиняемый имеет право на помощь защитника, с тем чтобы гарантии справедливого судебного разбирательства были соблюдены. По мнению Европейского суда по правам человека, ответ в значительной степени зависит от особенностей процедуры и обстоятельств дела 165/.

274. В недавнем постановлении 166/ Европейский суд по правам человека признал применимость этих критериев в отношении ЕКПЧ. Однако он усмотрел нарушение Конвенции, в частности в том, что обвиняемому было отказано в юридической помощи на том основании, что мера наказания, которая, по всей вероятности, была бы ему назначена, не достигала 18 месяцев лишения свободы. Кроме того, среди прочих аргументов и вопреки практике национальных судебных органов Суд постановил, что для определения серьезности применимого наказания следует учитывать максимальное наказание, предусмотренное законом, а не наказание, которое ввиду обстоятельств данного дела будет, по всей вероятности, вынесено. Это постановление, несомненно, усилит тенденцию в направлении более гибкого предоставления юридической помощи в Швейцарии.

275. Право защищать себя лично не является абсолютным правом. Само понятие справедливого судебного разбирательства при определенных обстоятельствах (для серьезных обвинений) требует, чтобы обвиняемый пользовался помощью адвоката, даже если он желает защищать себя лично. Однако в таком случае Федеральный суд рассматривает жалобы, поданные подсудимым, а не его назначенным защитником 167/. Вместе с тем подсудимый не может требовать, чтобы действия и стратегия защиты его адвоката получали его предварительное одобрение 168/.

276. Назначенный защитник оплачивается государством, а сумма гонора рассчитывается на основе судебных издержек. Расходы на помощь защитника, как и расходы на перевод, суммируются с судебными издержками. Если обвиняемый, получавший помощь назначенного адвоката и/или переводчика, приговаривается к уплате судебных издержек, их сумма включает гонорары адвоката и переводчика. Швейцария ратифицировала настоящий Пакт с оговоркой к подпунктам d) и f) пункта 3 статьи 14, согласно которой гарантия предоставления бесплатной помощи назначенного адвоката и переводчика полностью не освобождает бенефициария от связанных с этим расходов.

277. С тем чтобы гарантировать беспристрастное и стремящееся выявить истину правосудие, кантональные законодательные органы установили средства обеспечения явки подсудимого в суд (повестки по известному месту жительства; предписания; объявления о розыске; средства принуждения по отношению к строптивому подсудимому). В некоторых кантональных кодексах предусматривается даже отсрочка в проведении заседания суда вплоть до ареста обвиняемого, если его присутствие представляется необходимым (Юра, Люцерн, Швиц). Однако законодательные органы зачастую предусматривают возможность заочного вынесения приговора при определенных условиях.

278. Заочное вынесение приговора не следует путать с простым отсутствием подсудимого (например, в тех случаях, когда ему было разрешено лично не присутствовать в ходе процесса). Заочно осужденным может считаться лишь лицо, которое, несмотря на неоднократные вызовы в суд, не явилось в суд лично или не было представлено в ходе судебного заседания. Регулярность вызова в суд является, таким образом, необходимым условием действительности приговора, вынесенного заочно. В случае обязательной явки в суд подсудимый должен быть вызван лично, а не через посредство своего адвоката 169/.

279. Однако условия заочного вынесения приговора различны в зависимости от кантона. Так, например, в кантоне Ааргау исключается заочное вынесение приговора, когда существует способ обеспечить принудительную явку подсудимого. В других кантонах (например, в Женеве) не допускается заочное вынесение приговора по делам несовершеннолетних, с тем чтобы позволить судье принимать решение в зависимости от состояния несовершеннолетнего в момент вынесения приговора, а не в момент совершения правонарушения. С процедурной точки зрения можно выделить две системы: систему, при которой отсутствующий подсудимый подвергается суду по упрощенной процедуре, когда приговор выносится без прений сторон, и систему, при которой после процесса, проводимого по обычной процедуре, приговор выносится на основе принципа состязательности 170/. В некоторых кантональных кодексах исключается присутствие защитника, и Федеральный суд не считает этот факт противоречащим праву быть заслушанным, учитывая возможность ходатайствовать об отмене заочно вынесенного приговора 171/. В правовой практике существуют также случаи, когда не являющийся в суд подсудимый не имеет права на возобновление процесса, в котором он сознательно не принимал участия 172/.

280. Все кантоны разрешают осужденному заочно ходатайствовать о проведении тем же судом нового разбирательства в его присутствии (отмена заочно вынесенного приговора) при условии, что за это время не истек срок исковой давности. Однако в некоторых кодексах лицу, не явившемуся в суд, предписывается представить доказательства того, что его отсутствие вызвано уважительными причинами (болезнь и т.д.), в то время как в других кодексах такие условия не предусмотрены. В целом ходатайство должно быть представлено в установленные законом сроки, причем кодексы разработаны достаточно либерально и допускают рассмотрение поздно представленных возражений в случае чрезвычайных обстоятельств. Кантоны Берн, Юра и Фрибург допускают также подачу нового ходатайства об отмене приговора в случае уважительного отсутствия при рассмотрении дела после подачи первого ходатайства. Наконец, ряд законов допускают объединение ходатайств об отмене и обычных средств правовой защиты (Берн, Юра) и, более того, рассматривают в качестве мотива для пересмотра дела неявку на судебное разбирательство по уважительной причине.

Право на вызов и допрос свидетелей

281. Согласно практике Федерального суда речь идет об одном из аспектов права быть заслушанным, гарантируемого в статье 4 Конституции и пункте 3 d) статьи 6 ЕКПЧ. Так, например, подсудимый независимо от действующих кантональных процессуальных норм (см., например, статьи 56 и 131 УПК кантона Вале) имеет конституционное право по меньшей мере один раз в ходе судебного разбирательства 173/ присутствовать при допросе свидетелей обвинения и задавать им вопросы. Если он не может присутствовать на судебном разбирательстве, он имеет право высказать свое мнение на основе письменного протокола допроса свидетелей 174/. Подсудимый имеет также право предлагать средства доказывания и, следовательно, вызывать свидетелей защиты в той мере, в какой их показания могут относиться к данному делу 175/. Допускается, что судья может прекратить судебное следствие в том случае, когда представленные доказательства позволили ему составить свое мнение и если после объективной оценки других предлагаемых ему доказательств он уверен в том, что они не смогут заставить его изменить это мнение 176/. В соответствии с кантональными процессуальными нормами существует возможность обжаловать отказ в рассмотрении представляемых доказательств.

282. В недавнем деле, касавшемся Швейцарии, Европейский суд по правам человека рассмотрел проблему свидетельских показаний полицейских, данных в отсутствие обвиняемого, причем ни обвиняемый, ни его защитник не имели возможности допросить этих свидетелей (рассматривалось дело о торговле наркотиками, в котором свидетельские показания "внедренного агента" были представлены только в письменной форме). Национальные органы оправдывали отказ разрешить защите проведение допроса свидетеля, заботясь о его инкогнито, с тем чтобы позволить ему продолжать расследование. Однако Суд постановил, что:

"Ни судья, ни судебные органы не могли или не хотели заслушать показания Тони (имя внедренного агента) и провести очную ставку с целью сопоставления заявлений агента с утверждениями г-на Люди (обвиняемый); кроме того, ни обвиняемый, ни его защитник в ходе судебного разбирательства не смогли ни разу допросить свидетеля и высказать сомнение в отношении достоверности его показаний. Тем не менее это можно было сделать, учитывая при этом законные интересы органов полиции сохранить инкогнито своего агента в деле о торговле наркотиками, с тем чтобы не только обеспечить его защиту, но также и его использование в будущем" 177/.

283. После этого постановления Федеральный суд изменил свою практику соответствующим образом и стал считать неприемлемыми показания внедренного агента, когда обвиняемый не имеет возможности очной ставки и его допроса 178/.

Право на помощь переводчика

284. Как указывалось ранее (см. выше), во всех кантональных уголовно-процессуальных кодексах предусматривается присутствие устного переводчика в тех случаях, когда подсудимый не понимает (или плохо понимает) язык судебного разбирательства. В соответствии с оговоркой, сформулированной Швейцарией в отношении пункта 3 f) статьи 14 Пакта, оплата услуг переводчика может быть включена в стоимость судебных издержек и возложена на осужденного.

285. Подсудимому, желающему получить помощь переводчика в ходе слушания дела или ознакомиться с переводом представленных к рассмотрению документов, надлежит высказать четкую соответствующую просьбу 179/. Как правило, право на получение перевода приговора не является признанным, если это не представляется необходимым для надлежащего проведения процедуры (например, если перевод является необходимым для эффективного обжалования) 180/.

Право не давать показаний против самого себя или не признавать себя виновным

286. Статья 41 УПЗ, эквиваленты которой содержатся в кантональных конституциях или уголовно-процессуальных кодексах (например, статья 74 Конституции кантона Берн, статья 4 Конституции кантона Нидвальден, статьи 62 и 63 УПК кантона Вале), гласит, что судья не должен допускать со своей стороны никакого принуждения, никаких угроз или обещаний, никаких указаний, противоречащих истине, ни каких-либо вводящих в заблуждение вопросов. Ему также запрещается прибегать к таким средствам с целью добиться признания. В любом случае обвиняемый имеет право отказаться отвечать на вопросы (это право ясно закреплено в некоторых документах, таких, как уголовно-процессуальные кодексы кантонов Берн и Юра). В таком случае разбирательство продолжается вне зависимости от такого отказа.

287. Если обвиняемый соглашается отвечать на вопросы, он не обязан говорить правду 181/. Его поведение, затягивающее расследование, может, однако, стать причиной отказа засчитать срок предварительного заключения в срок наказания 182/.

288. Комментарий относительно положений, позволяющих объявить неприемлемыми для судебного разбирательства признания или другие свидетельства, полученные под пыткой (см. выше материалы к статье 8 Пакта), в данном случае также уместен; ссылка на него здесь вполне целесообразна.

Пункт 4

289. Статьи 82-99 и 369-373 Федерального уголовного кодекса предписывают кантонам некоторые основные нормы в отношении судостроительства и судопроизводства применительно к детям и подросткам, хотя кантоны остаются свободными в наделении судебных или административных органов полномочиями выносить решения по делам о правонарушениях несовершеннолетних.

290. Статьи 83 и 90 УК предписывают, в частности, компетентному органу (который назначается каждым кантоном) констатировать факты и, в случае необходимости, получать информацию о поведении, образовании и положении несовершеннолетнего, а также запрашивать заключения или мнения экспертов о его физическом и умственном развитии. Действительно, решение соответствующего компетентного органа должно быть продиктовано и обусловлено не самим совершённым деянием, а изучением, в связи с этим деянием, личности ребенка или подростка (материальное положение и моральный облик, прошлое, характер, физическое и умственное состояние, окружение и т.д.). На основе результатов такого изучения судья должен принять решение о том, является ли данный несовершеннолетний нормальным или нет, и в зависимости от результата, к которому он придет, он отнесет молодого правонарушителя к одной из трех следующих категорий: дети и подростки, нуждающиеся в особых воспитательных мерах (статьи 84 и 91 УК); дети и подростки с физическими или психическими недостатками, которые нуждаются в особом лечении (статьи 85 и 92 УК) и, наконец, те, которым не угрожают нравственные пороки и которые не являются ни ненормальными, ни больными.

291. Это предварительное расследование имеет большое значение. С одной стороны, как и любое уголовное расследование, оно должно позволить установить факты с целью определения составных элементов правонарушения, а с другой стороны, индивидуализировать обращение, т.е. классифицировать обвиняемого с целью назначения адекватной исправительной меры. Вся необходимая информация о поведении, образовании и положении несовершеннолетнего должна быть сведена воедино. В случае необходимости надлежит подготовить заключения или провести экспертизу его физического и умственного состояния. Наконец, в статьях 83 и 90 УК предусматривается, что кантональный орган может распорядиться о помещении несовершеннолетнего или подростка под надзор.

292. Кантоны компетентны в области судостроительства и процедуры, применяемой к несовершеннолетним. Во всех кантонах созданы суды, которые занимаются исключительно рассмотрением дел несовершеннолетних. В целом можно выделить следующие общие принципы:

а) принципы обычного уголовного процесса применяются в качестве вспомогательных, если кантональный законодательный орган не предусмотрел соответствующих отступлений;

б) воспитательные и социальные принципы, лежащие в основе уголовного права несовершеннолетних, должны применяться в ходе расследования и суда так же, как и в период исполнения наказания 183/;

с) в интересах несовершеннолетнего публичность судебного разбирательства может быть ограничена, и подсудимый может быть лишен права на ознакомление с некоторыми материалами дела. Кроме того, несовершеннолетнему может быть предложено не присутствовать в ходе всего судебного разбирательства или его части;

д) помощь назначенного защитника должна предоставляться более широко, нежели взрослым со стадии расследования (ПФС 111 la 81);

е) во всех кантонах осуществляется надзор за проведением раздельного следствия по делам, в которых обвиняемыми являются совершеннолетние и несовершеннолетние.

293. В силу традиций, а также учитывая педагогические цели и задачи по оказанию социальной помощи в ходе судопроизводства по делам несовершеннолетних, кантоны предусматривают так называемый принцип личной унии, согласно которому один и тот же судья ведет следствие, выносит судебное решение и компетентен в вопросах, связанных с исполнением наказаний.

294. Эта практика вызвала критику в плане обеспечения беспристрастности судьи, предусмотренной в пункте 1 статьи 6 ЕКПЧ 184/. Один из женеvских судов в 1988 году постановил, что положение о разделении полномочий между следственным судьей и судьей, рассматривающим дело по существу, должно также применяться в судопроизводстве по делам несовершеннолетних 185/. В этом смысле практика других кантонов не изменилась и соответствует судебной практике Европейского суда по правам человека, который недавно отказался признать противоречащим пункту 1 статьи 6 ЕКПЧ тот факт, что один и тот же судья принимал решение о предварительном заключении одного молодого голландца, проводил следствие и вел судебное разбирательство 186/.

Пункт 5

295. Средства правовой защиты, которыми располагает лицо, признанное виновным в уголовном правонарушении, перечислены в базовом документе, который составляет общую часть настоящего доклада (HRI/CORF/1/Add.29) и на который мы здесь ссылаемся. Эти средства отвечают требованиям пункта 5 статьи 14 Пакта. Однако следует привести некоторые уточнения, касающиеся путей обжалования в уголовном судопроизводстве. По исчерпании всех средств правовой защиты, предусмотренных кантональными процессуальными законами, обвиняемый или его правопреемники, возможный истец, а также государственный обвинитель кантона могут подать кассационную жалобу в Кассационный суд Федерального суда, ходатайствуя о признании недействительным судебного решения в связи с нарушением федерального права. Предусмотрена возможность подачи публично-правового иска в связи с нарушением конституционных прав (статья 269 УПЗ). Обжалование какого-либо решения осуществляется посредством подачи заявления в орган, принявший это решение в течение 10 дней после получения уведомления об этом решении согласно кантональному праву. Жалоба должна быть мотивирована в течение 20 дней после получения письменного уведомления о решении. Затем может быть санкционирован обмен письмами, и в исключительных случаях разрешается проведение судебных прений (статья 276 УПЗ). В случае удовлетворения жалобы дело направляется в кантональный орган власти для вынесения нового решения (статья 277-тер УПЗ). В случае ходатайства о признании решения недействительным полномочия Федерального суда ограничиваются применением права; таким образом, речь идет, по всей вероятности, не об обжаловании как таковом по смыслу пункта 5 статьи 14 Пакта 187/. Упоминание об этой процедуре в рамках настоящего доклада продиктовано стремлением представить как можно более исчерпывающую информацию.

296. Принцип двойного уровня юрисдикции не может применяться к лицу, которое осуждено Федеральным судом в первой инстанции в соответствии со статьями 340 и след. УК и 7-12 УПЗ. Именно поэтому Швейцария ратифицировала пункт 5 статьи 14 Пакта, оставив в силе федеральное законодательство в области организации уголовных судов, которое предусматривает исключение из права на рассмотрение в вышестоящей судебной инстанции решения о признании виновным или обвинительного приговора, если судебное разбирательство по делу заинтересованного лица проводилось по первой инстанции высшим судебным органом, т.е. Федеральным судом.

Пункт 6

297. В рамках федерального, равно как и кантонального правопорядка, судебная ошибка, повлекшая за собой пересмотр обвинительного приговора, дает право на возмещение ущерба пострадавшему от нее лицу (например, статья 237 УПЗ, статья 357 УПК кантона Берн, статья 332 УПК кантона Юра). Это право также гарантируется статьей 3 седьмого Протокола к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, вступившего в силу на территории Швейцарии с 1 ноября 1988 года.

298. Если некоторые кантоны (Берн, Базель - Ланд, Аппенцель - Аусерроден, Гларус, Люцерн, Вале, Женева, Фрибург, Юра) признают за компетентными органами свободу оценки в плане предоставления возмещения, другие кантоны, а также федеральные законы предоставляют несправедливо осужденному лицу право добиваться подобного возмещения при условии соблюдения установленных законом условий. Кантоны и Конфедерация предусматривают возмещение ущерба не только в том случае, когда судебная ошибка обнаружена в ходе процедуры пересмотра, но также в случае прекращения производства по делу или вынесения оправдательного приговора. В подобных случаях несправедливо осужденное лицо восстанавливается во всех своих правах и получает возмещение уплаченных штрафов и издержек. Кроме этого, оно имеет право на возмещение расходов по организации защиты и, согласно федеральной судебной практике, может добиваться возмещения материального и морального ущерба 188/, если только несправедливое решение не было вынесено по его собственной вине 189/.

299. В Швейцарии судебные ошибки исправляются посредством пересмотра решения на основании представления нового или недавно установленного факта, а не в порядке помилования, как это принято в других государствах. Действительно, в Швейцарии бытует концепция, согласно которой помилование, в противоположность пересмотру, не упраздняет обвинительный приговор, а лишь отменяет его исполнение 190/. В этой связи в Швейцарии в результате помилования никакое ходатайство о возмещении ущерба не может быть предъявлено на основании статьи 14 Пакта.

Пункт 7

300. Норма, согласно которой никто не может быть судим или наказан за преступление, за которое он уже был окончательно оправдан или осужден (*non bis in idem*), является одним из следствий действующего принципа силы судебного постановления. В швейцарском праве сила судебного постановления является выражением публичного порядка и федерального права (ПФС 56 I 75, 86 IV 50). Возражение против иска, основанное на вступившем в силу судебном постановлении по тому же делу, может быть высказано официально на любой стадии судебного процесса. Для применения этого принципа необходимо, однако, тождество лица, предмета и причины в ходе второго судебного процесса 191/.

301. В частности, условие тождества причины не позволяет вновь привлекать осужденное по закону лицо к ответственности за то же самое, но иным образом квалифицируемое деяние. Тем не менее Федеральный суд считает, что "решение уголовного суда, имеющего лишь ограниченную компетенцию по рассмотрению дела *ratione materiae*, обеспечивает применение принципа *non bis in idem* лишь в ограниченных рамках сферы компетенции этого органа. Этот принцип не препятствует вынесению нового судебного решения по факту тех же самых деяний, если они образуют состав другого правонарушения, наказание за которое компетентен выносить другой судебный орган" 192/.

302. Отметим также, что Уголовный кодекс Швейцарии закрепляет принцип запрещения двойного наказания и не предусматривает повторного привлечения к уголовной ответственности, а также засчитывает наказание, понесенное за границей, если правонарушитель уже был осужден иностранным судом за то же правонарушение и если в Швейцарии он вновь привлекается к ответственности за это же деяние (статьи 3-7 УК). Седьмой протокол Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, вступивший в силу в Швейцарии 1 ноября 1988 года, содержит гарантию, аналогичную пункту 7.

Статья 15

303. Смысл выражения "nulla poena sine lege" отражен в статье 7 ЕКПЧ, а также в первых статьях Уголовного кодекса и Военно-уголовного кодекса Швейцарии, которые предусматривают, что "никто не может быть наказан, если он не совершил никакого наказуемого по закону деяния". Место, которое отводится в законодательстве этому принципу, свидетельствует о том значении, которое имеет его абсолютное соблюдение. Хотя эти статьи могут непосредственно применяться лишь на федеральном уровне, Федеральный суд распространил их действие на те немногие области, которые относятся еще к сфере кантонального уголовного права, заявив, что положения этих статей являются составной частью публичных свобод, гарантируемых Конституцией 193/ (см. ПФС 112 Ia 112).

304. Согласно судебной практике принцип nulla poena sine lege нарушается в том случае, если какой-либо гражданин привлекается к уголовной ответственности за деяние, не являющееся уголовно наказуемым, или если судья пытается толковать уголовный закон таким образом, чтобы применить его к рассматриваемому деянию, которое, согласно общепринятому в уголовной практике толкованию, не подпадает под действие этого закона (см. ПФС 112 Ia 107) 194/.

305. Принцип lex mitior, также включенный в статью 16 Пакта, содержится в Уголовном кодексе (статья 2) и в Военно-уголовном кодексе (статья 8). При изменении закона им пользуется лицо, в отношении которого должно быть вынесено судебное решение. Кроме того, в отношении исполнения приговоров, вынесенных в соответствии с уголовными законами, действовавшими до вступления в силу Уголовного кодекса, в статье 336 УК содержится уточнение, согласно которому наказание не подлежит исполнению, если деяние, за которое было вынесен обвинительный приговор, не является наказуемым по ныне действующему кодексу (пункт а) статьи 336 УК). Основная цель этой статьи заключается в упорядочении перехода от кантональных уголовных кодексов к унифицированному федеральному Уголовному кодексу. В рамках пересмотра общей части Уголовного кодекса предусматривается приспособить это положение к потребностям настоящего момента. Отныне оно будет применяться не только к наказаниям, но также и к мерам уголовно-правового воздействия. Проект статьи 336 УК гласит: "Если приговор был вынесен в соответствии с ранее действовавшим законом, наказание или мера

уголовно-правового воздействия не подлежат исполнению при условии, что деяние, за которое был вынесен обвинительный приговор, не является наказуемым по действующему кодексу".

Статья 16

306. В Швейцарском конституционном праве абсолютное признание правосубъектности отдельного лица вытекает из свободы личности. Свобода личности является неписаным конституционным правом, признанным Федеральным судом в 1963 году и защищающим, как это было указано выше, "все основные свободы, осуществление которых необходимо для развития человеческой личности" 195/. В этой связи она гарантируется как швейцарским гражданам, так и иностранцам.

307. Статья 11 Гражданского кодекса Швейцарии предусматривает, что любой человек пользуется гражданскими правами и вследствие этого в пределах, установленных законом, имеет равную способность становиться субъектом прав и обязанностей. Правосубъектность гарантируется от рождения и до смерти; зачатый ребенок пользуется гражданскими правами при условии, что он рождается живым (статья 31 Гражданского кодекса).

308. В то время как пользование гражданскими правами, а значит и признание правосубъектности каждого человека не допускает никаких исключений, осуществление гражданских прав, т.е. способность нести ответственность за свои собственные действия, подчиняется различным условиям, таким, как способность понимать значение своих действий, гражданское совершеннолетие и отсутствие ограничений в правах по смыслу статей 369 и след. Гражданского кодекса, в которых предусматриваются некоторые случаи (пьянство, расточительство, слабоумие, просьба заинтересованного лица), требующие назначения опекуна.

309. Статья 27 Гражданского кодекса предусматривает, что никто не может, даже частично, отказаться от пользования гражданскими правами или от их осуществления 196/. Кроме этого, в соответствии с пунктом 4 статьи 49 Конституции осуществление гражданских и политических прав не может быть ограничено предписаниями или условиями церковного или религиозного характера.

Статья 17

Общие положения

310. Статья 17 настоящего Пакта защищает от любого незаконного или произвольного вмешательства в личную и семейную жизнь, от произвольного или незаконного посягательства на неприкосновенность жилища и тайну корреспонденции. Она также запрещает незаконные посягательства на честь и репутацию.

311. В швейцарском правовом порядке эти гарантии предусматриваются различными конституционными или неписаными нормами. Следует упомянуть о статье 4 (равенство), пункте 4 статьи 36 (тайна переписки) и о статье 34-квинквиес (политика в области семьи) Федеральной конституции, а также о статье 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая содержит положения, аналогичные положениям статьи 17 Пакта. Однако именно судебная практика Федерального суда придала праву на семейную и личную жизнь аспект конституционного неписаного права на свободу личности 197/.

Право на личную жизнь

Общие положения

312. Конституционная гарантия личной жизни запрещает государству, исключая случаи, предусмотренные законом и соответствующие поставленной цели, вмешиваться в сферу личной жизни отдельного человека, внутри которой он может развиваться как личность. К сфере личной жизни относятся, в частности, здоровье, философские и религиозные убеждения, профессиональные или личные (и в частности половые) отношения с другим лицом. В случае незаконного или произвольного вмешательства государства или третьего лица в его личную жизнь отдельное лицо может воспользоваться различными видами гражданского иска (статьи 28 и след. Гражданского кодекса, касающиеся защиты личности) или уголовного иска (статьи 173 и след. Уголовного кодекса, касающиеся преступлений против чести и неприкосновенности интимной или личной сферы жизни).

Конкретные аспекты

313. Досмотр и обыск в помещениях. Досмотр и обыск в помещениях проводятся лишь в случаях, предусмотренных законом (уголовно-процессуальные кодексы и регламент пенитенциарных учреждений содержат положения, регулирующие условия проведения обыска в помещениях, досмотра и личного обыска. См. в качестве примера статьи 67-73 прилагаемого Федерального уголовно-процессуального закона.

314. Что касается установления личности, то Федеральный суд считает, что любое лицо, которое не может представить своего удостоверения личности, обязано явиться в отделение полиции для установления личности при условии, однако, что существует достаточно серьезное основание для применения такой меры (присутствие на месте совершения преступления, сходство с разыскиваемым лицом и т.д.).

315. Регламент пенитенциарных учреждений, а иногда и кантональные уголовно-процессуальные кодексы предписывают, что личный обыск должен проводиться лицом того же пола. Судебная практика Федерального суда предписывает выполнять это положение при любых обстоятельствах и даже при отсутствии особых правил 198/. Проект пересмотра общей части Уголовного кодекса Швейцарии совершенно четко предусматривает, что личный обыск может проводиться лишь лицом того же пола.

316. Новый федеральный закон об оказании помощи жертвам правонарушений от 4 октября 1991 года (СС 312.5, прилагается) содержит положения о защите в ходе проведения уголовного расследования личной и интимной жизни потерпевших (см., в частности, статьи 5 и 6 этого закона).

317. Защита данных. Новый федеральный закон о защите данных личного характера от 19 июня 1992 года (ниже именуемый ЗЗД, прилагается), вступивший в силу 1 июля 1993 года, объединяет и дополняет соответствующие нормы, которые до сих пор содержали пробелы и были рассредоточены по различным статьям. Этот закон включает принципы, применяемые как в отношении государственной администрации, так и в отношении частных лиц.

318. Одновременно с ЗЗД вступили в силу:

- поправка от 19 июня 1992 года к Уголовному кодексу, устанавливающая правовые основы для обмена информацией между Конфедерацией и кантонами по вопросу об уголовном преследовании. Речь идет о положениях, относящихся к информационной системе поиска РИПОЛ (статья 351-бис), к обмену данными через Интерпол (статьи 351-тер - 351-сексис), к службе идентификации при Прокуратуре Конфедерации (статья 351-септис), а также к сообщению данных о проводимых уголовных расследованиях (статья 363-бис);
- поправка от 19 июня 1992 года к Федеральному уголовно-процессуальному закону, позволяющая заложить правовые основы защиты данных, получаемых уголовной полицией в ходе проведения расследований, и создать четкие правовые основы мер уголовно-правового воздействия, принимаемых уголовной полицией;
- поправка от 19 июня 1992 года к Уголовному кодексу, которая вводит статью 321-бис о служебной тайне при проведении медицинских исследований, допускающую рассекречивание для целей медицинских исследований, а также статью 179-новис, предусматривающую изъятие личных данных;
- поправка к Обязательственному кодексу, предусматривающая, что работодатель в рамках трудового договора может располагать лишь теми данными о работнике, которые необходимы в связи с трудовыми отношениями (статья 328 b) ОК);
- поправка от 19 июня 1992 года к Федеральному закону о международном частном праве об определении подсудности исков в области осуществления права доступа и о применимом праве;

- поправка от 19 июня 1992 года к Федеральному закону о судеустройстве (статья 100);
- Указ от 14 июня 1993 года о введение в действие Федерального закона о защите данных (УЗЗД);
- Указ от 14 июня 1993 года, касающийся обработки данных личного характера при применении превентивных мер по защите государства;
- Указ от 14 июня 1993 года о выдаче разрешений на рассекречивание в области медицинских исследований (УРРМИ).

319. Федеральный закон о защите данных применяется при любой обработке данных личного характера, осуществляемой федеральными органами или частными лицами (физическими или юридическими). Закон предусматривает использование нетехнологического подхода и охватывает как автоматизированную, так и ручную обработку данных личного характера. Закон обеспечивает защиту личности и основных прав физических и юридических лиц, в отношении которых ведется обработка данных личного характера. Существуют некоторые исключения, касающиеся сферы применения закона, который, как правило, не применяется при обработке данных личного характера, осуществляемой кантональными органами. Однако эти органы обязаны применять данный закон, когда они не связаны кантональными положениями о защите данных и обрабатывают данные на основании федерального права.

320. Закон устанавливает основные принципы обработки данных, являющиеся сердцевиной ЗЗД, а именно: законность сбора данных, добросовестность, пропорциональность, конечная цель обработки, точность данных, защита прав личности при сообщении данных за границу, безопасность данных. Кроме этого, ЗЗД устанавливает материально-правовые нормы, регулирующие обработку данных личного характера.

321. Применительно к частному сектору, эти нормы аналогичны положениям о праве личности в Гражданском кодексе Швейцарии (статья 28); так, например, любой человек, ведущий обработку данных личного характера, не может незаконно посягать на личность соответствующих лиц. ЗЗД уточняет, в частности, что незаконное посягательство на личность имеет место в тех случаях, когда обработка данных ведется в нарушение основных принципов обработки или вопреки ясно выраженной воле соответствующего лица, или когда конфиденциальные данные и данные личного характера передаются третьим лицам и лицо, обрабатывающее или распространяющее эти данные, не может представить в свое оправдание никакого убедительного мотива. ЗЗД предусматривает три оправдывающих мотива: согласие заинтересованного лица, преобладающий частный или общественный

интерес и закон. В упомянутом законе также перечислены некоторые случаи, когда обработка данных личного характера может представлять особый интерес, а именно, когда обработка непосредственно связана с заключением или выполнением какого-либо договора, когда она связана с наличием или с установлением в будущем отношений экономической конкуренции с другим лицом (без передачи третьим лицам), когда данные обрабатываются для определения благонадежности какого-либо лица (исключая конфиденциальные данные или личные качества) и передаются третьим лицам лишь при условии, что эта информация необходима им для заключения или выполнения какого-либо договора, когда обработка осуществляется для целей, не имеющих отношения к отдельным лицам (в частности, статистические данные), когда данные обрабатываются для их публикации в редакционных статьях какого-либо периодического издания, когда ведется обработка данных, касающихся какого-либо общественного деятеля, если они относятся лишь к его общественной деятельности. Наконец, незаконное посягательство на личность отсутствует в том случае, если заинтересованное лицо добровольно предоставило данные о себе другому лицу и не высказало возражений против их обработки.

322. Что касается государственного сектора, то ЗЗД основывается на принципе, запрещающем обработку данных личного характера, за исключением тех случаев, когда она осуществляется на юридической основе и в соответствии с принципом законности административной деятельности. В частности, обработка данных конфиденциального и личного характера должна, в принципе, четко регулироваться законом в формальном смысле (федеральные законы и постановления широкой сферы действия, подлежащие принятию на референдуме, резолюции международных организаций, обладающие исполнительной силой для Швейцарии, и международные договоры, одобренные Федеральным собранием и содержащие правовые нормы). ЗЗД также специально регулирует отдельные этапы обработки, как, например, сбор, распространение и уничтожение/сохранение данных. Так, федеральные органы, как правило, могут сообщать данные личного характера лишь при наличии правовой основы или если они абсолютно необходимы заявителю для выполнения им своей задачи в соответствии с законом. Данные сообщаются также в тех случаях, если заинтересованное лицо высказывает свое согласие или если обстоятельства позволяют предвидеть такое согласие, если заинтересованное лицо делает эти данные общедоступными или если заявитель сумеет доказать, что заинтересованное лицо не согласно с распространением этих данных или возражает против их распространения лишь с целью помешать ему предъявить юридические претензии или заявить о других законных интересах.

323. ЗЗД обеспечивает также права заинтересованных лиц, в частности, гарантируя право доступа, согласно которому любой человек может обратиться к лицу, ответственному за ведение файла, с тем чтобы выяснить, обрабатывались ли касающиеся его данные. Ответственный за ведение файла обязан сообщить ему о всех касающихся его данных, имеющихся в файле, а также о цели и правовой основе обработки, о категориях обрабатываемых данных, о лицах, имеющих отношение к файлу и о получателях этих данных. Право доступа не является абсолютным и в установленных законом случаях

(в частности, закон в формальном смысле, преобладающий интерес третьего лица, преобладающий общественный интерес, преобладающий интерес ответственного за ведение частного файла, компромисс, достигнутый в ходе уголовного расследования или судебного разбирательства) пользование этим правом может быть запрещено, ограничено или отсрочено. Заинтересованное лицо имеет также право исправлять или разрушать неточные и противозаконные данные, заявлять о своих правах в судебных органах или в определенных пределах возражать против обработки или распространения данных личного характера.

324. Кроме этого, на ответственных за ведение файла данных возложен ряд обязанностей. В частности, они должны сообщать о данных, имеющихся в их файлах, федеральной службе, ответственной за защиту данных, для их последующего внесения в регистр файлов. Этот регистр является государственным. Федеральные органы обязаны сообщать о всех данных личного характера, содержащихся в их файлах, в то время как частные органы должны сообщать о них лишь в тех случаях, если они на регулярной основе обрабатывают данные конфиденциального или личного характера или если они регулярно передают их третьим лицам. Ответственный за ведение частного файла имеет право не сообщать о данных личного характера, если в соответствии с законом он уполномочен обрабатывать или сообщать эти данные или если заинтересованное лицо поставлено в известность об их обработке или передаче. Лица, ответственные за ведение файлов, должны также сообщать о передаче данных за границу в тех случаях, когда она осуществляется не на законном основании и без ведома заинтересованных лиц. Кроме того, ответственные за ведение файлов обязаны обеспечивать защиту данных, принимая соответствующие меры технического и организационного характера (безопасность данных), которые рассматриваются в УЗЗД как цели, к достижению которых необходимо стремиться.

325. Наконец, ЗЗД предусматривает создание органов, осуществляющих контроль за применением федеральных положений в области защиты данных. Речь идет в первую очередь о федеральной службе по защите данных, которая является самостоятельным консультативным и контролирующим органом, не имеющим полномочий принимать решения. Однако она может высказывать свои рекомендации в тех случаях, если какой-либо федеральный орган обрабатывает данные личного характера в нарушение законодательных положений. Он может также высказывать свои рекомендации частным лицам, когда при обработке данных личного характера используются методы, ущемляющие личные права большого числа людей (ошибка системы), когда необходимо провести регистрацию файлов или заявить о сообщениях, передаваемых за границу. Эта федеральная служба наделена широкими полномочиями в области проведения расследований. В число ее многочисленных правовых функций входит обязанность сообщать Федеральному совету о своей деятельности и сделанных выводах. Эти доклады публикуются. Служба должна также предоставлять консультации частным лицам или государственным органам по вопросам защиты данных и может информировать общественность о своих выводах и

рекомендациях, если они представляют общий интерес. Федеральная комиссия по защите данных является вторым отдельным органом, осуществляющим контроль за применением федеральных положений в области защиты данных. Речь идет об арбитражной и апелляционной комиссии.

326. Можно также отметить, что одновременно со вступлением в силу 33Д Федеральный совет решил начать процедуру ратификации Конвенции 108 Совета Европы о защите лиц от последствий автоматизированной обработки данных личного характера 1981 года. В настоящее время ведется подготовка соответствующего послания федеральному парламенту, и ратификация может быть намечена на начало следующей легистратуры.

327. Четырнадцать кантонов имеют закон о защите данных. К ним относятся следующие кантоны: Женева, Во, Невшатель, Вале, Юра, Берн, Тичино, Тургау, Люцерн, Базель-Штадт, Базель-Ланд, Ури, Шафхаузен и Цюрих. Другие кантоны располагают нормативными положениями в форме указов или директив (например, кантоны Швиц, Граубюнден, Золотурн, Аппенцелль-Аусерроден, Цуг). Наконец, многие кантоны предполагают в ближайшие два-три года принять подобный закон (например, кантоны Фрибург, Гларус, Золотурн).

Защита семейной жизни

Общие положения

328. В Швейцарии семья рассматривается как основная ячейка общества, и государство обеспечивает ее защиту в соответствии со статьями 54 и 34-квинквиес Федеральной конституции. Первая статья предусматривает защиту права на вступление в брак, в то время как вторая - предписывает Конфедерации в ходе осуществления возложенных на нее полномочий учитывать потребности семьи. Следует упомянуть также о статьях 12 и 8 ЕКПЧ, которые предусматривают защиту соответственно права на вступление в брак по добровольному согласию, а также право на личную и семейную жизнь.

329. В швейцарском правовом порядке не существует "стандартного" определения семьи. Напротив, это понятие эволюционирует и может охватывать различные ситуации, относящиеся, например, к частному праву, финансовому праву, к компетенции органов по делам иностранцев или к законодательству в социальной области. Таким образом, понятие семьи подразумевает более или менее широкий круг лиц в зависимости от цели рассматриваемого законодательства. В качестве отправной точки можно привести следующее определение семьи, предложенное группой федеральных экспертов в 1982 году:

"Социальная группа, основанная на отношениях между родителями и детьми и признаваемая обществом в качестве таковой, т.е. являющаяся институционализированной" 199/.

330. Согласно этому определению, основной характеристикой семьи является наличие детей. Оно позволяет учитывать все формы семьи, включая семьи, в состав которых входят либо мать, либо отец, единолично воспитывающие своих детей, или семьи, чьи дети проживают отдельно от родителей в связи с учебой в различных учебных заведениях. Вместе с тем это определение не является ограничительным или юридически обязательным. Так, например, отсутствие детей не может помешать иностранцам, состоящим в законном браке, получить в Швейцарии разрешение на воссоединение семьи (по этому вопросу см. ниже).

331. Можно, наконец, сослаться на толкование понятия "семейной жизни" Европейским судом по правам человека (в принципе разделяемое Федеральным судом), согласно которому охраняемые связи в любом случае распространяются на родственные отношения, "играющие основополагающую роль в семье" 200/. Этот принцип, поддающийся более гибкому толкованию, помогает учитывать различные варианты и особые требования в каждой области применения права.

Особые аспекты

332. Право на семейную жизнь предусматривает главным образом, что члены семьи могут жить вместе. Тем не менее это право не является абсолютным и допускает ограничения, основные из которых приводятся ниже.

333. Положения гражданского права (Гражданский кодекс, третья часть "об опеке"; статьи 296 и след. "о родительских правах") подробно регулируют условия и форму вмешательства гражданских властей в семейную жизнь, если интересы ребенка требуют принятия соответствующих мер (попечительство, опека, лишение права на воспитание детей или лишение родительских прав). Эти положения действуют также в отношении предоставления права на воспитание детей и родительских прав, а также права на посещение детей после расторжения брака 201/.

334. Государства в принципе имеют суверенное право решать вопрос о въезде и пребывании иностранцев на своей территории. При определенных обстоятельствах осуществление этого суверенного права ограничивается правом на семейную жизнь 202/. Последующие пункты посвящены швейцарскому законодательству в области воссоединения семей иностранных граждан.

335. Существуют два положения федерального права, предусматривающие право на воссоединение семьи. Речь идет о статьях 7 и 17 Федерального закона от 26 марта 1931 года о пребывании и постоянном проживании иностранцев (ниже ЗППИ, прилагается). Пункт 1 статьи 7 ЗППИ предоставляет иностранцу, состоящему в браке со швейцарским гражданином, право на получение и продление разрешения на пребывание, даже если супруги не проживают вместе. Эти права прекращают свое действие при наличии основания для высылки или в случае фиктивного брака (та же статья). Супруг

иностранного гражданина, имеющего разрешение на постоянное проживание в Швейцарии 203/, также может пользоваться правом на получение разрешения на пребывание в стране в течение всего времени совместного проживания супругов. Это право распространяется на детей в возрасте до 18 лет, не состоящих в браке, при условии, что они проживают вместе со своими родителями. Право перестает действовать в том случае, если заинтересованное лицо нарушает общественный порядок (статья 17 ЗППИ). Однако на практике лишь серьезное правонарушение может повлечь за собой потерю указанного права.

336. Воссоединение семей остальных иностранцев регулируется указом от 6 октября 1986 года, который ограничивает численность иностранцев (ниже УОИ, прилагается) и не предусматривает право на воссоединение семьи. Как правило, иностранцы, временно проживающие в Швейцарии (сезонные рабочие, стажеры, студенты и т.д.), не могут пользоваться правом на воссоединение семьи (пункт 2 статьи 38 УОИ). Однако члены их семей могут проживать с ними в ходе временных посещений (т.е. два раза в год по три месяца). В соответствии с пунктом 1 статьи 38 УОИ иностранец, имеющий разрешение на годовое пребывание в стране, может вызвать в Швейцарию своего супруга и своих детей в возрасте до 18 лет, которые находятся на его обеспечении. Для этого необходимо выполнение нескольких условий, а именно проживание в стране и, в случае необходимости, деятельность, приносящая доход и характеризующаяся определенной стабильностью, совместное проживание с семьей в надлежащих жилищных условиях и достаточные финансовые средства. Невыполнение этих условий может ограничить возможности заинтересованных лиц по получению разрешения на совместное проживание с семьей.

337. Как указывалось выше, в швейцарском праве не существует общего определения "семьи". Применительно к иммиграции и воссоединению семьи считается, что семья в принципе состоит лишь из супруга и детей в возрасте до 18 лет, не состоящих в браке 204/.

338. Исходя из толкования статьи 8 ЕКПЧ Европейским судом по правам человека Федеральный суд изменил свою практику и признал, что при особых обстоятельствах достигший совершеннолетия ребенок может пользоваться своим правом на семейную жизнь в целях получения разрешения на воссоединение со своими родителями, проживающими в Швейцарии 205/. После того как Европейский суд по правам человека принял соответствующее постановление 206/, Федеральный суд также изменил свою практику и отныне принимает к рассмотрению жалобы, поданные в соответствии со статьей 8 ЕКПЧ в случае отказа в выдаче разрешения на пребывание в стране ребенку или тому из его родителей, которому не были предоставлены родительские права 207/. Тем не менее необходимо наличие прочных и реально существующих семейных отношений, а также обладание одним из заинтересованных лиц правом на постоянное проживание в Швейцарии 208/.

339. В буквальном смысле швейцарское законодательство не предусматривает права на воссоединение семьи для лиц, не состоящих в зарегистрированном браке. Однако на практике, в виде исключения, власти могут предоставить разрешение на пребывание в стране в тех случаях, когда внебрачный союз является достаточно прочным и сожители имеют общего ребенка или если препятствие юридического характера мешает заключению брака.

340. Гомосексуалисты, проживающие совместно, исключаются из области применения швейцарских положений о воссоединении семьи и на них также не распространяются положения статьи 8 ЕКПЧ и статьи 17 Пакта о защите семейной жизни. На практике разрешение на пребывание в стране может быть предоставлено в виде исключения при крайней серьезности рассматриваемого случая.

Защита жилища

341. В соответствии с Гражданским кодексом Швейцарии жилище любого человека - это место, где он намерен проживать постоянно (ст. 23 ШГК). Тем не менее термин "жилище" не должен толковаться здесь в этом строгом смысле; наоборот, под жилищем следует понимать обычное место проживания какого-либо лица (включая загородное место проживания) и место, где он занимается своей обычной профессиональной деятельностью ~~209/~~, при условии, однако, что в этом месте установлены личные связи (например, адвокатская контора) или в том случае, когда трудно провести границу между его профессиональной и частной деятельностью. Такое определение жилища предохраняет его от незаконного или произвольного вмешательства со стороны государства или частных лиц.

342. В случае посягательств частных лиц положения Уголовного кодекса, предусматривающие наказание за посягательства на личную или конфиденциальную жизнь, особенно статьи 179-бис - 179-септис, рассматривают как уголовно наказуемые запись частных разговоров и разглашение содержания этих записей, а также нарушение сферы личной жизни с использованием фотооборудования или путем прослушивания телефонных переговоров. Законодательство в области надзора за производством строительных работ, охраны окружающей среды и гражданского права (отношения соседства) также предохраняет жилище от посягательств третьих лиц.

343. Что касается посягательств государства в отношении права на защиту жилища, то речь главным образом идет о проведении обыска или наблюдении в рамках уголовного расследования. Такие действия подчиняются общим требованиям законности и пропорциональности (в качестве примера см. статьи 66 и след. Федерального уголовно-процессуального закона, прилагается). Так, например, статья 179-октис УК устанавливает, что лицо, которое на основании конкретных положений закона дает указание о применении в официальном порядке мер по ознакомлению с почтовой корреспонденцией, телефонными переговорами или телеграфными сообщениями определенных лиц или предписывает использование технических средств наблюдения, не

является виновным при условии, если оно незамедлительно обращается к компетентному судье за получением разрешения. Это разрешение может быть выдано с целью привлечения к ответственности или предотвращения какого-либо преступления или правонарушения, степень опасности или особый характер которых оправдывают подобное вмешательство.

Защита переписки

344. Пункт 4 статьи 36 Конституции гарантирует тайну переписки и телеграфных сообщений. Это особое конституционное право, обеспечивающее защиту отдельной личности 210/. В отношении сферы охвата правовой защиты следует отметить, что средства связи и применяемая техника не являются определяющими и поэтому телефонная и факсимильная связь также подлежат защите. Как об этом указывалось выше, статьи 179 и след. Уголовного кодекса квалифицируют как наказуемую незаконную перлюстрацию закрытых почтовых отправлений, а также прослушивание и запись частных переговоров.

345. Тайна переписки может, однако, подвергаться некоторым ограничениям при условии, что они имеют законное основание, представляют общественный интерес и отвечают требованиям принципа пропорциональности. Как правило, применение мер по наблюдению требует законного обоснования как с точки зрения регламента почт и телеграфа, так и с точки зрения уголовного и уголовно-процессуального права. В принципе, наблюдение разрешается лишь в том случае, когда предметом уголовного преследования является какое-либо преступление или правонарушение, степень опасности или особый характер которых оправдывают применение этой меры, когда определенные факты вызывают подозрение в том, что лицо, подлежащее наблюдению, совершило правонарушение или участвовало в нем, когда, в отсутствие наблюдения, проведение расследования было затруднено или когда другие следственные действия оказались безрезультатными. Органы по наблюдению должны ограничиваться основаниями, оправдывающими проведение особого наблюдения. Поэтому необходимо также получить разрешение компетентного судьи (ст 179-октис УК). Кроме того, они должны следить за тем, чтобы полученные сведения не стали известны третьим лицам, и, кроме случаев, обусловленных прежде всего соображениями внутренней или внешней безопасности страны, информировать впоследствии заинтересованное лицо о мотивах, продолжительности и применявшемся методе наблюдения (в качестве примера см. статьи 65-66-квинквисс Федерального уголовно-процессуального закона, прилагается).

346. В отношении переписки лиц, отбывающих предварительное или тюремное заключение, см. выше главы, посвященные статьям 9 и 10 Пакта, а также приводимые ниже комментарии к пункту 3 статьи 19 Пакта. Общеизвестно, что, хотя лица, содержащиеся под стражей, имеют те же права в отношении переписки, что и лица, находящиеся на свободе, обычные и разумные требования к содержанию под стражей

играют важную роль в оценке обоснованности любого вмешательства в это право (сокращение числа писем, которые еженедельно может отправлять заключенный, осуществление надзора за перепиской или выемка корреспонденции).

Защита от незаконных посягательств на репутацию

347. Любой человек, репутации которого был нанесен ущерб частным лицом или представителем государственной власти 211/, может предъявить гражданский иск (в частности, статьи 28 и след. ШГК о посягательствах с использованием печати, статья 28 g) и след. ШГК, устанавливающие право на опровержение) и уголовный иск (диффамация, клевета и оскорбление, статьи 173-177 УК).

Статья 18

Пункты 1-3

348. В Швейцарии свобода совести и вероисповеданий является неприкосновенной. Никого нельзя заставить состоять в какой-либо религиозной ассоциации, получать религиозное образование, отправлять религиозные обряды и подвергать наказаниям любого характера из-за его религиозных убеждений (статья 49 Конституции). Эта гарантия обязывает государство придерживаться нейтралитета в религиозных вопросах 212/, защищает любые религиозные убеждения или мнения, как в случае таких малочисленных в Швейцарии групп, как мормоны, сайентологи, Свидетели Иеговы или методисты 213/. Свобода мысли, совести и религии гарантируется также статьей 9 ЕКПЧ.

349. Кантоны самостоятельно определяют свои отношения с различными церквями. Они могут, в частности, при соблюдении свободы совести и вероисповедания, назначить одну или несколько церквей "официальными церквями" и взять на себя обязанность по содержанию их служителей культа, выделять им субсидии или освобождать от уплаты налогов. Признано, что практика кантонов в этой области соответствует общему принципу равенства 214/.

350. Конституция защищает также право менять религию, т.е. прекращать быть последователем какой-либо церкви. Несмотря на то, что Федеральный суд позволяет церквям предусматривать особую процедуру в случае выхода из церкви, эта процедура не должна составлять препятствий для волеизъявления заинтересованного лица 215/.

351. Свобода совести запрещает также приведение к присяге. Соответствующие положения и практика предписывают заменять ее торжественным обещанием, применяемым как в судах, так и при назначении на какую-либо государственную должность.

352. Религиозные убеждения не могут сами по себе освобождать от выполнения гражданских обязанностей, как, например, от военной службы, и Военно-уголовный кодекс предусматривает наказание в виде лишения свободы за отказ от прохождения военной службы (выносимые наказания могут, в зависимости от случаев, составлять от

нескольких дней до десяти месяцев лишения свободы). Однако 15 июля 1991 года в статью 81 Кодекса были внесены поправки. Отныне лицо, которое, основываясь на этических ценностях (способных иметь религиозную направленность), убедительно доказывает, что оно не может проходить службу в армии в силу своих убеждений, вместо тюремного заключения направляется на выполнение общественно-полезных работ. Досье криминалистического учета заинтересованного лица не содержит записи о принудительном труде такого рода, длительность выполнения которого в полтора раза превышает общий срок военной службы "отказника", но не может составлять более двух лет. За 1994 и 1993 годы статистические данные по этому вопросу представлены следующим образом: из 239 отказов от прохождения военной службы в 1994 году (409 в 1993 году) 162 или 68% (268, или 65%), были вполне обоснованно мотивированы конфликтом с основными этическими ценностями; было вынесено 77 (140) решений о применении наказания в виде лишения свободы, 153 (249) решения о выполнении принудительных общественно-полезных работ и в 9 (19) случаях военнообязанные получили разрешение на прохождение службы без оружия 216/.

353. 17 мая 1992 года народ и кантоны с третьего раза одобрили предложение о введении гражданской альтернативной службы. Отныне статья 18 Конституции, наряду с положением о воинской обязанности, предусматривает принцип гражданской службы, который должен быть конкретизирован парламентом. Это демократическое решение заложило конституционную основу для введения гражданской службы. Федеральный совет подготовил проект закона о гражданской службе, который он принял 22 июня 1994 года в виде Послания к федеральному парламенту. Этот проект не предусматривает альтернативы воинской обязанности. И в будущем эта обязанность останется нормой: отдельное лицо не правомочно свободно выбирать между военной и гражданской службой. Лицо, которое докажет гражданской комиссии, что оно не может проходить военную службу в силу своих убеждений, будет направлено на прохождение заменяющей ее гражданской службы. Процедура консультаций относительно этого законопроекта уже завершена, и в настоящее время он находится на рассмотрении комиссии Национального совета. Предполагается, что закон вступит в силу в начале 1996 года. В настоящий момент решено отменить выполнение общественно-полезной работы, но сохранить возможность прохождения службы в армии без оружия.

354. Пункт 6 статьи 49 Конституции уточняет также, что никто не обязан платить налоги, непосредственно предназначенные для покрытия расходов по отправлению религиозных обрядов какой-либо общины, к которой он не принадлежит. Это положение, однако, не позволяет добиваться возврата доли общего налога, предположительно используемой для покрытия расходов на отправление религиозных обрядов одной из основных церквей кантона, к которой данный налогоплательщик не принадлежит.

355. Исходя из судебной практики, юридические лица не могут ссылаться на свободу совести и вероисповеданий с целью уклониться от уплаты налога, мотивируя это тем, что они не придерживаются ни определенных убеждений, ни вероисповедания 217/; это

может быть применимо лишь по отношению к юридическим лицам, которые в соответствии с их статусом преследуют религиозные или церковные цели 218/.

356. Право отправлять религиозные обряды гарантируется статьей 50 Конституции, а право высказывать свои убеждения по вопросам морали или другим вопросам - свободой выражать собственное мнение 219/. В соответствии с пунктом 3 статьи 18 Пакта эти действия могут быть ограничены лишь в силу преобладающего общественного интереса и с учетом общего принципа пропорциональности. Так, например, рассматривая отказ дирекции одной из тюрем в проведении коллективной религиозной службы для заключенных-мусульман, в то время как подобные службы проводились для заключенных, причисляющих себя к официальным церквям кантона, Федеральный суд решил, что "признание какой-либо религиозной общины в качестве официальной церкви не может служить критерием, допускающим проведение коллективной религиозной службы. Поскольку заключенным-мусульманам было отказано в проведении по пятницам их молитвенных чтений на том основании, что исламская община не пользуется публично-правовым статусом, это решение является противоречащим статье 50 Конституции".

Пункт 4

357. Этот пункт соответствует пункту 3 статьи 49 Конституции и статье 303 Гражданского кодекса, которые предусматривают, что лицо, обладающее родительскими правами или правами опеки, может определять, при условии соблюдения принципа, согласно которому никому не может быть навязана какая-либо религия, порядок получения религиозного образования детьми до возраста 16 лет, по достижении которого ребенок имеет право самостоятельно выбрать свою религию.

358. В соответствии со статьей 27 Конституции кантоны обеспечивают начальное образование в государственных школах; оно должно быть светским, обязательным и бесплатным. Кроме того, последователи всех вероисповеданий должны иметь возможность посещать государственные школы без ущемления их свободы совести и верований. Федеральный суд, со всей серьезностью подходящий к соблюдению требования о светском характере образования, решил, что наличие распятия в классах государственных школ противоречит статье 27 Конституции. В недавно принятом постановлении он также удовлетворил жалобу, поданную отцом одной девушки мусульманского вероисповедания, которую кантональные власти отказались освободить от занятий по плаванию (посещаемых как мальчиками, так и девочками), заключив, что в данном случае общественный интерес не преобладает над частным 221/. Государственные власти заботятся также о том, чтобы, насколько это возможно, родители и дети могли совместно отправлять религиозные обряды. Тем не менее, поскольку обязательное обучение в школе является гражданской обязанностью, учащийся не может ссылаться на свободу совести, с тем чтобы не посещать школу 222/; вместе с тем заинтересованные лица могут обучаться в частной школе,

соответствующей их убеждениям. Подобные школы учреждаются свободно, в соответствии с конституционной свободой коммерческой и промышленной деятельности, а также, при необходимости, на основании свободы совести и вероисповедания, что не исключает процедуру получения кантонального разрешения с целью обеспечить соответствие уровня обучения в частной школе стандартам, установленным для государственных школ 223/. Наконец, светский характер обучения в государственной школе не исключает религиозного образования, отвечающего постулатам преобладающего в данном кантоне вероисповедания, но обеспечиваемого на факультативной основе 224/.

Статья 19

Пункт 1

359. В 1965 году Федеральный суд признал свободу выражать собственное мнение в качестве "конституционного неписаного права Конфедерации" 225/. Согласно судебной практике, это право включает свободу составлять и иметь собственное мнение, а также выражать его другим лицам. Так, например, Федеральный суд решил, что кантональное бюро по трудоустройству не может лишить состоящее на его учете лицо права на получение пособия по безработице на том основании, что оно является членом Ассоциации по защите прав заключенных. Федеральный суд видит в подобной санкции косвенное и незаконное ущемление свободы выражать собственное мнение, защищенной основным правом (ПФС 105 V 276).

360. Особое значение для системы прямой демократии имеет право на свободное формирование собственного мнения. Само собой разумеется, что государственная власть не правомочна в какой бы то ни было форме навязывать определенное мнение какому-либо частному лицу; поэтому Федеральный суд рассматривает как противоречащее свободе выражать собственное мнение создание какой-либо государственной радио- или телестанции 226/ (о режиме в отношении печати см. ниже). Допуская оказание каким-либо государственным органом поддержки той или иной позиции в ходе проведения кампании по референдуму, Федеральный суд Швейцарии предписывает ему распространять лишь объективные и научные утверждения и выделять на проведение кампании средства, не превышающие объема средств, обычно выделяемых для этих целей соперничающими группировками 227/.

Пункт 2

361. Право на свободное выражение своего мнения, как и право на свободу убеждений, занимает важное место в конституционном правовом порядке Швейцарии, о чем свидетельствует следующая выдержка из постановления Федерального суда:

"Но свобода выражения своего мнения, как и другие прямо или косвенно закрепленные в федеральном конституционном праве свободы, является не только условием осуществления личной свободы и необходимым элементом развития

человеческой личности, но также и основой любого демократического государства; позволяя свободно формировать свое мнение, в частности политические убеждения, она является необходимой для полного осуществления демократии. В этой связи она заслуженно занимает особое место в списке индивидуальных прав, гарантируемых Конституцией, и пользуется привилегированным режимом со стороны государственных властей" 228/.

362. Свободное выражение своего мнения обеспечивает защиту всех видов коммуникации между отдельными лицами как в устной и письменной форме, так и на уровне символов (флажки, значки и т.д.). Она включает свободу информации (см. ниже), а также свободу искусства и науки. Согласно судебной практике, ее содержание может иметь лишь идеальную природу. Любое заявление, преследующее главным образом коммерческую цель, относится к сфере свободы торговли и промышленности (статья 31 Конституции). Как и свобода убеждений, она принадлежит каждому отдельному лицу. Она, однако, не имеет абсолютного характера и ее использование может быть связано с отдельными ограничениями (по этому вопросу см. ниже).

363. Свобода выражения своего мнения предполагает свободу получать и распространять информацию. Отметим в этой связи, что статья 55 Конституции четко гарантирует свободу печати, а статья 55-бис гарантирует независимость радио и телевидения, которые в свою очередь должны правдиво освещать события и беспристрастно отражать все разнообразие мнений. С тем чтобы наилучшим образом добиться выполнения этих целей, радио и телевидение пользуются режимом концессий, предоставляемых федеральной властью. Этот режим, который нарушает принципы свободной конкуренции, объясняется, в частности, стремлением сохранить в небольшой многоязычной стране трансляцию национальных программ на трех официальных языках и избежать чрезмерной концентрации средств массовой информации в руках отдельных могущественных групп; этот режим не предполагает никакого вмешательства государства в самостоятельную деятельность компаний теле- и радиовещания. Любой человек, который утверждает, что радио или телевидение нарушили обязанность по объективному освещению событий, может обратиться с жалобой в независимый апелляционный орган, а затем, используя право обжалования в административном порядке, - в Федеральный суд (статьи 57 и след. Федерального закона о радио и телевидении от 21 июня 1991 года).

364. Свобода выражения своего мнения включает также право "получать информацию из доступных для всех источников" 229/. Однако если законом не предусмотрено иное, понятие "доступные для всех источники" не распространяется на акты администрации. Судебная практика по этому вопросу носит скорее ограничительный характер 230/ и признает право на информацию лишь в четырех случаях: когда информация открыта для свободного доступа, когда она свободно предоставляется органами власти 231/, когда речь идет об осуществлении какого-либо политического права или когда интересы отдельного лица непосредственно затрагиваются содержанием документа, с которым он хотел бы ознакомиться.

Пункт 3

365. В соответствии с этим пунктом, а также со статьей 10 ЕКПЧ ограничение свободного выражения своего мнения допускается лишь на законном основании и в силу преобладающего общественного интереса. Как правило, речь идет об установлении порой достаточно хрупкого равновесия между общественным интересом по поддержанию порядка и частным интересом заинтересованного лица, а также общественным интересом в отношении свободного выражения своего мнения.

366. Уголовный кодекс предусматривает, в частности, следующие ограничения свободы выражения своего мнения:

- запрещение заведомо ложного доноса (статья 303);
- запрещение разглашения коммерческой тайны, относящейся к сферам частной, служебной, профессиональной или военной деятельности (статьи 162, 179 и 179-квтер, 320, 321 и 329);
- запрещение злоупотребления телефонной связью (статья 179-септис);
- запрещение публичного подстрекательства к преступным действиям и насилию (статья 259);
- запрещение оскорбления памяти умерших (статья 262) или швейцарской государственной символики (статья 270);
- запрещение демонстрации насилия (статья 135);
- запрещение посягательства на свободу вероисповедания и религиозного культа (статья 261);
- запрещение подстрекательства к нарушению воинских обязанностей (статья 276);
- запрещение подрывной иностранной пропаганды (статья 275-бис);
- запрещение оскорблять иностранное государство или межгосударственное учреждение (статьи 296 и 297);
- запрещение расовой, этнической или религиозной дискриминации (статья 261-бис, вступившая в силу 1 января 1995 года).

367. Следует также упомянуть о положениях, обеспечивающих защиту чести и достоинства (статьи 173 и след.) и предусматривающих наказание за отдельные преступления против половой неприкосновенности (например, "грубая" порнография).

368. Статьи 28 и след. Гражданского кодекса предусматривают защиту личности от незаконных посягательств, в частности, со стороны печати (право на возмещение ущерба, применение превентивных мер с целью предотвратить посягательства, право на опровержение). В этой связи следует отметить, что лицо, обвиняемое в покушении на честь, не подвергается никакому наказанию, если оно докажет, что его заявления были справедливыми или что у него были серьезные основания полагать, что они являлись таковыми (пункт 2 статьи 173 Уголовного кодекса). Это положение также обеспечивает защиту свободы выражения своего мнения и свободы печати от неправомерных судебных процессов.

369. Свобода выражения своего мнения, предоставляемая иностранцам, связана с конкретными ограничениями. В соответствии с постановлением Федерального совета о политических выступлениях иностранцев от 24 февраля 1948 года иностранцы, не имеющие разрешения на постоянное проживание в стране 232/, могут высказываться на политические темы в ходе публичных или частных собраний лишь при наличии особого разрешения. Им будет отказано в этом разрешении в том случае, если есть основания опасаться угрозы для внутренней или внешней безопасности страны или нарушения общественного порядка. Иностранцы, участвующие в публичных выступлениях, должны воздерживаться от вмешательства в сферу внутренней политики страны.

370. Лица, содержащиеся под стражей, могут также пользоваться свободой выражения своего мнения и правом на получение информации из, в основном, доступных источников при условии, что это не нарушает порядок и безопасности в пенитенциарном учреждении. Таким образом, им предоставляется право пользоваться предварительно опломбированными радиоприемниками и телевизорами, а также газетами 233/. Что касается подсудимых, отбывающих предварительное заключение, то их личная переписка может быть ограничена при наличии опасности сговора 234/, но, как правило, контроль является менее строгим в силу презумпции невиновности 235/. Могут также изыматься письма, предположительно содержащие информацию о подготовке побега или совершении новых правонарушений. Это относится и к письмам, угрожающим порядку в пенитенциарном учреждении 236/. Недавно при рассмотрении одного из дел Федеральный суд постановил, что лицу, содержащемуся под стражей, не может быть отказано в передаче писем или видеокассеты журналистам и НПО "Международная амнистия", в которых он излагает свои жалобы на условия содержания под стражей, независимо от правдивости содержащихся в них утверждений. Однако оскорбительные или порочащие высказывания (оскорбления) могут быть устранены цензурой 237/.

371. Согласно практике Федерального суда, использование общественных мест с целью проведения публичных мероприятий может быть обусловлено получением предварительного разрешения кантональных или федеральных властей, даже при отсутствии четкой правовой основы, "если оно выходит за рамки обычного в силу своего характера или размаха" 238/. Власти должны учитывать принципы равного обращения и пропорциональности, а также совокупность затрагиваемых интересов, уделяя особое внимание тем интересам, которые защищены основными правами 239/.

372. Лица, подчиняющиеся особым правоотношениям, должны осмотрительно пользоваться свободой выражения своего мнения, учитывая остающийся в силе принцип пропорциональности. Это относится, например, к государственным служащим, магистратам и адвокатам. В частности, Федеральный суд предписывает судьям быть сдержанными в своих публичных выступлениях, особенно в отношении находящихся в производстве дел и их обстоятельств; речь идет в данном случае о беспристрастности судов 240/. В противоположность судьям парламентарии в рамках своего мандата пользуются абсолютным иммунитетом в отношении публичных высказываний (статья 2 Федерального закона об ответственности Конфедерации от 14 марта 1958 года).

373. В рамках трудового договора наемный работник в принципе защищен от увольнения за пользование свободой выражения своего мнения (статья 236 Обязательственного кодекса предусматривает выплату компенсации за незаконное увольнение). Однако следует признать, что на практике зачастую сложно доказать, что именно этот мотив является истинной причиной расторжения трудового договора.

374. Напомним, что статья 10 ЕКПЧ также защищает свободу убеждений и право на свободное выражение своего мнения и что любой человек, считающий себя ущемленным в этих правах, может добиваться их восстановления.

Статья 20

375. Ратифицируя Пакт, Швейцария оставила за собой право не принимать новых мер, направленных на запрещение пропаганды войны, а также внести поправку в Уголовный кодекс, соответствующую положениям пункта 2 статьи 20, в перспективе своего будущего присоединения к Международной конвенции 1965 года о ликвидации всех форм расовой дискриминации.

376. Первая оговорка была сделана с учетом следующих замечаний: в своем замечании общего порядка 11 (19) Комитет по правам человека отмечает, что "для того чтобы положения статьи 20 приобрели силу, должен существовать закон, в котором недвусмысленно указывалось бы, что подобная пропаганда и выступления противоречат государственной политике, и в котором предусматривались бы необходимые санкции в случае нарушения". В Швейцарии не существует такого закона. Это, однако, ни в коей мере не означает, что пропаганда войны не является уголовно наказуемой, особенно в

рамках положений 13 и 16 разделов Уголовного кодекса (преступления и правонарушения против государства и национальной безопасности; преступления и правонарушения, подрывающие отношения с зарубежными странами). Поэтому деяния, квалифицируемые как "пропаганда войны", по достижении определенной степени тяжести являются наказуемыми в швейцарском праве. Однако в вышеупомянутых уголовных нормах воинственные высказывания, даже самые неуважительные, не являются наказуемыми до тех пор, пока они не угрожают безопасности государства или его внешним связям. Это соответствует требованиям режима непосредственной демократии в отношении свободы выражения своего мнения, без которой не существует подлинной демократии.

377. Что касается свободы выражения своего мнения, следует отметить, что в соответствии со статьей 5 и пунктом 3 статьи 19 Пакта она может быть ограничена применительно к пропаганде войны.

378. С другой стороны, следует подчеркнуть, что в настоящее время все еще не существует общепринятого определения понятия "пропаганда", которое содержится в статье 20 241/. Этим объясняется позиция швейцарского правительства, согласно которой трудно определить это понятие в уголовном праве и выявить элементы состава преступления. Наконец, в случае необходимости, пользуясь "общими полномочиями по надзору" 242/, федеральные и кантональные власти могли бы применять более суровые меры наказания в отношении пропагандистских действий, представляющих собой угрозу миру.

379. Федеральный совет считает, что национальное право соответствует положениям пункта 1 статьи 20 Пакта, целью которого является борьба со злоупотреблениями, связанными с использованием свободы выражения своего мнения и даже свободы ассоциации. Именно поэтому, учитывая риск и затруднения, которые это могло бы вызвать, Федеральный совет оставляет за собой право не принимать новых мер общего характера, направленных на запрещение пропаганды войны.

380. Сама формулировка второй оговорки указывает на ее временный характер. В соответствии с новыми статьями 261-бис Уголовного кодекса и 171 с) Военно-уголовного кодекса расовая дискриминация наказывается лишением свободы или уплатой штрафа. Они, по всей видимости, вступят в силу 1 января 1995 года (по этому вопросу см. выше материалы к статье 2 Пакта). Это изменение уголовного законодательства позволит ратифицировать Международную конвенцию 1965 года о ликвидации всех форм расовой дискриминации. Настоящая оговорка будет тогда незамедлительно снята.

Статья 21

381. В швейцарском правовом порядке свобода мирных собраний является конституционным неписаным правом, закрепленным Федеральным судом в 1970 году 243/, и составляет важный элемент демократического порядка. Она отражена в статье 11 ЕКПЧ и гарантируется независимо от характера высказываемых взглядов (при условии соблюдения

некоторых уголовно-правовых ограничений, изложенных ниже), а также включает право созывать и проводить собрания и право принимать или не принимать в них участие. Иностранцы пользуются этими правами наравне со швейцарскими гражданами при условии соблюдения ограничения в отношении собраний политического характера, на которых они могут выступать лишь после получения предварительного разрешения (по этому вопросу см. выше материалы к статье 19 Пакта).

382. Основное различие, которое следует проводить между отдельными формами собраний, основано на критерии места их проведения, а именно в каком-либо помещении или в общественном месте. Поскольку собрания в общественных местах в большей степени способны привести к различным нарушениям общественного порядка, а также предполагают интенсивное использование общественных мест, они могут быть предметом более строгих ограничений, чем собрания в помещениях, и их проведение может быть обусловлено выдачей предварительного разрешения.

383. Право проводить собрания в помещениях или на территориях, находящихся в частном владении, ограничено лишь предписаниями полиции относительно соблюдения тишины в ночное время или уважения покоя соседей, а также правом собственности третьих лиц. Могут быть также запрещены или сопряжены с применением санкций собрания, представляющие угрозу конституционному порядку (по смыслу статьи 275 Уголовного кодекса) или отношениям с иностранными государствами (по смыслу статей 296 и след. Уголовного кодекса). Вместе с тем судебная практика допускает простое изложение какого-либо пусть даже революционного учения 244/.

384. Согласно судебной практике, проведение собраний, предполагающих интенсивное использование общественных мест (имеется в виду использование, препятствующее нормальному движению транспорта и людей или ограничивающее их, см. ПФС 100 1а 392), может, кроме того, быть обусловлено выдачей предварительного разрешения кантональных властей, даже в случае отсутствия соответствующей правовой основы 245/. Государство, которое обязано и полномочно обеспечивать нормальное использование общественных мест 246/, регулирует их использование на основе своих функций по осуществлению общего надзора 247/. Тем не менее власти не свободны по своему усмотрению отказывать в разрешении на проведение собраний в общественных местах. Их полномочия по оценке конкретных ситуаций ограничены необходимостью объективно учитывать значение свободы собраний, которая сама по себе не наделяет правом использования тех или иных общественных мест в конкретный момент времени, но предусматривает определенное право пользоваться ими, когда это необходимо для осуществления права на свободу собраний 248/. Кроме этого, Федеральный суд подчеркнул, что свобода собраний в общественных местах может быть ограничена лишь в силу прямой и серьезной опасности, которая могла бы объективно возникнуть для общественного порядка в результате осуществления этой свободы 249/. В частности, простые соображения целесообразности не могут служить достаточным основанием для запрещения собрания, а процедура выдачи разрешения ни в коем случае не должна предусматривать какую-либо форму предварительной цензуры 250/.

385. Режим получения предварительного разрешения должен, кроме того, применяться с определенной гибкостью, в частности в случае неорганизованных мирных демонстраций, которые не должны разгоняться силой на том лишь основании, что они не были разрешены 251/. Наряду с этим принцип пропорциональности требует скорее не отказывать в выдаче разрешения на проведение собрания, а увязывать его с соблюдением некоторых условий, что помогло бы избежать возникновения любой угрозы общественному порядку. Однако орган власти не должен увязывать выдачу разрешения с выполнением определенных условий, если беспорядки, которые предположительно могут возникнуть при проведении какого-либо собрания, можно предотвратить посредством других надлежащих мер, в частности путем обеспечения полицейского надзора. Вместе с тем масштаб мероприятий по надзору должен быть соизмерим с целесообразностью проведения собрания.

386. Возложенная на власти задача является достаточно сложной, поскольку, для того чтобы определить, может ли какое-либо собрание угрожать общественному порядку, они зачастую вынуждены прогнозировать ход его проведения. И в этом случае принцип пропорциональности требует, чтобы любое ограничение было обосновано наличием серьезных опасений в отношении угрозы общественному порядку.

387. Наконец, этот принцип, согласно которому надлежит наказывать истинного нарушителя общественного порядка, предполагает также, что, за некоторыми исключениями, вызываемыми необходимостью, никакое собрание не может быть запрещено лишь на том основании, что его проведению могут помешать внешние элементы. Эта проблема достаточно остро встает в случае с контрманифестациями. Хотя для предупреждения насилия можно запретить проведение манифестации и контрманифестации, следует, однако, под углом зрения равного обращения, учитывать взаимные интересы демонстрантов, с тем чтобы воспрепятствовать какой-либо группировке объявлять о проведении контрманифестации с единственной целью добиться запрета манифестации другой группировки 252/.

Статья 22

1. Общие положения

388. В соответствии со статьей 56 Конституции "граждане имеют право создавать ассоциации при условии, что преследуемые ими цели или используемые средства не будут содержать ничего противозаконного или опасного для государства. Кантональные законы предусматривают необходимые меры наказания в отношении злоупотреблений".

389. С исторической точки зрения свобода ассоциации была призвана главным образом гарантировать свободное создание политических партий; и в настоящее время - это одна из ее важнейших функций, наряду с защитой права создавать профсоюзы. В наши дни свобода ассоциации в Швейцарии защищена также статьей 22 настоящего Пакта, статьей 8

Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, статьей 11 ЕКПЧ, а в области профсоюзной деятельности - Конвенцией № 87 МОТ о свободе ассоциации и защите права на организацию.

2. Правообладание

390. Ассоциации, защищенные статьей 56 Конституции, должны ставить перед собой некоммерческие цели (в широком понимании). Те из них, которые преследуют цели извлечения выгоды, подпадают под действие статьи 31 Конституции, которая гарантирует свободу в области коммерческой и промышленной деятельности. Поэтому на них могут распространяться предусмотренные в этой связи ограничения (статьи 31 и след. Конст.). Наконец, ассоциации, преследующие религиозные цели, могут пользоваться свободой совести и вероисповедания (статья 49 Конст.) или свободой отправления религиозных обрядов (статья 50 Конст.), которые по отношению к свободе ассоциации рассматриваются как особые положения (см. выше, материалы к статье 18 Пакта).

391. Гражданский кодекс Швейцарии от 10 декабря 1947 года (ШГК) подробно регламентирует учреждение, организацию и прекращение деятельности ассоциаций, преследующих некоммерческие цели и обладающих правосубъектностью 253/ (они являются "ассоциациями" в узком смысле гражданского права; другие виды ассоциаций некоммерческого характера, которые не обладают правосубъектностью, приравниваются к простым товариществам, деятельность которых регулируется Обязательственным кодексом. Как было указано выше, коммерческие ассоциации не могут пользоваться свободой ассоциации, но используют свободу коммерческой и промышленной деятельности; они могут создаваться как простые товарищества (статьи 530 и след. ОК), полные товарищества (статьи 552 и след. ОК), коммандитные товарищества (статьи 594 и след. ОК) и акционерные коммандитные товарищества (статьи 764 и след. ОК), товарищества с ограниченной ответственностью (статьи 772 и след. ОК) или, в большинстве случаев, как акционерные компании (статьи 620 и след. ОК). В соответствии со статьями 828 и след. ОК лишь кооперативные общества могут ссылаться на свободу ассоциации, поскольку они преследуют, главным образом, некоммерческие цели.

392. Конституция не обеспечивает защиту ассоциаций, цели или используемые средства которых являются незаконными или опасными для государства. В то время как о незаконности судят исходя из основных действующих правовых норм, понятие опасности для государства является более расплывчатым и его использование чревато злоупотреблениями. Согласно практике Федерального суда можно тем не менее заключить, что запрету подлежат лишь те ассоциации, которые стремятся к достижению своих целей, используя для этого иные, нежели мирные и демократические средства 254/. В подобном случае запрещение не рассматривается как противоречащее статье 17 ЕКПЧ и статье 5 Пакта. Добавим также, что Уголовный кодекс в статье 255-тер предусматривает наказание

за создание опасных для государства ассоциаций. В соответствии со статьей 56 Конституции именно на кантональные власти возложена обязанность принимать меры в отношении незаконных или опасных ассоциаций; однако допускается, что меры в отношении ассоциаций, представляющих угрозу для федерального государства, принимаются федеральными властями. Что касается ассоциаций по смыслу к статей 60 и след. Гражданского кодекса, статья 78 ШГК предусматривает, что судья может вынести решение об их роспуске в том случае, когда они преследуют незаконные или противоречащие нормам морали цели (пункт 2 статьи 88 устанавливает ту же норму в отношении фондов по смыслу статей 80 и след. ШГК). Из этого вытекает следующая основная норма: политические власти могут запретить какую-либо ассоциацию, но лишь судья по гражданским делам правомочен вынести решение о ее роспуске. Коммерческие общества подчиняются действию положения статьи 20 ОК, в силу которого судья по гражданским делам объявляет недействительным любой договор, цели которого являются неосуществимыми, незаконными или противоречащими нормам морали.

393. Согласно практике Федерального суда лишь физические лица могут пользоваться свободой ассоциации 255/. Ассоциации, учрежденные в соответствии со статьями 60 и след. Гражданского кодекса, могут тем не менее объединяться для создания федераций или конфедераций, которые в свою очередь являются ассоциациями, пользующимися без ограничений теми же конституционными и правовыми гарантиями, что и организации первой ступени. Необходимо провести следующее разграничение. Теория предусматривает, что юридические лица, выступающие субъектами частного права, могут от своего имени обжаловать решение, ограничивающее свободу ассоциации своих членов и препятствующее их уставной деятельности или ущемляющее их право объединяться в союзы. Напротив, юридические лица, выступающие субъектами публичного права, не могут пользоваться свободой ассоциации.

394. Хотя в статье 56 Конст. говорится только о гражданах Швейцарии, она также применяется по отношению к иностранцам, исключая область политических ассоциаций, в которой ограничения для иностранцев могут быть более существенными, нежели для швейцарских граждан (по этому вопросу см. выше, материалы к статье 19 Пакта).

3. Гарантированные права

395. Свобода ассоциации включает свободу беспрепятственно создавать ассоциации, становиться их членом, осуществлять деятельность в рамках этих ассоциаций или распускать их, не вступать в эти ассоциации и, наконец, выходить из них. Эти конституционные принципы воспроизводятся и уточняются в соответствующих положениях Гражданского кодекса (в отношении "ассоциаций в узком смысле слова" и фондов).

396. Существуют некоторые профессиональные ассоциации, применительно к которым публичное федеральное или кантональное право может предусматривать обязательное участие (ассоциации врачей, нотариусов, адвокатов и т.д.). Федеральный суд считает, что это

не противоречит положениям статьи 56 Конституции. По его мнению, судить о конституционности профессиональных ассоциаций можно сквозь призму свободы коммерческой и промышленной деятельности, если только они являются политически нейтральными; при этом цель обязательного участия состоит прежде всего в содействии применению экономических и регламентирующих данную профессию норм. Было также отмечено, что участие в студенческой ассоциации может быть обязательным лишь в том случае, если она является политически нейтральной 256/.

397. Судебная практика предусматривает следующие правила: в соответствии со статьей 56 Конституции нельзя вступить в какую-либо ассоциацию без согласия ее членов, даже если для заявителя это связано с экономическим ущербом 257/. Напротив, частное лицо пользуется определенной защитой, если его неоправданно исключили из ассоциации. Оно имеет право быть предварительно заслушанным даже в том случае, если уставные положения ассоциации предусматривают немотивированное исключение 258/.

398. Ограничения свободы ассоциации, как и любой индивидуальной свободы, должны быть предусмотрены законом и применяться с целью охраны общественного порядка при соблюдении принципа пропорциональности. Именно в силу этого последнего принципа Федеральный суд объявил неконституционным требование о получении предварительного разрешения для создания ассоциации 259/.

4. Положение государственных служащих и военных, находящихся при исполнении служебных обязанностей

399. В принципе, федеральные или кантональные служащие обладают в полной мере публичными свободами, в частности, свободой выражения своего мнения и свободой ассоциации. Они могут, например, осуществлять деятельность в рамках какой-либо политической организации, даже если эта организация критически настроена по отношению к существующей власти или ратует за смену режима, при условии использования для этих целей мирных и законных средств 260/. В силу их статуса и служебного долга, которыми они связаны, государственные служащие и военные, находящиеся при исполнении своих обязанностей, должны, однако, допускать, что осуществление их некоторых свобод подвергается отдельным ограничениям с целью избежать того, чтобы своими действиями или высказываниями они могли вызвать сомнение в беспристрастности администрации. Это достаточно четко изложено в пункте 2 статьи 11 ЕКПЧ, в то время как пункт 2 статьи 22 Пакта упоминает об этой возможности лишь по отношению к лицам, входящим в состав вооруженных сил и полиции.

400. Конфедерация и кантоны располагают законами о статусе государственных служащих, которые предписывают хранить верность своему служебному долгу и соблюдать служебную тайну, указывая при этом на конституционную гарантию свободы ассоциации 261/. Пункт 243 Положений о службе в армии (распространяемых среди всех военнообязанных граждан) ограничивает осуществление свободы военнослужащих выражать свое мнение и свободы создания политических ассоциаций в период прохождения службы.

401. На практике сфера допустимых ограничений зависит от ранга соответствующего государственного служащего. Федеральный суд, как правило, придерживается той точки зрения, что государственный служащий не может больше претендовать на занимаемую должность, если его принадлежность к какой-либо политической группировке вызывает к нему недоверие и если в силу этой принадлежности существуют веские основания подозревать его в нарушении служебных обязанностей или служебной тайны 262/.

402. Вплоть до 1986 года государственные служащие не могли состоять в ассоциациях по защите профессиональных интересов, которые предусматривают проведение забастовок (см. ниже в разделе VI. Свобода профсоюзов). В настоящее время этот запрет больше не действует.

5. Политические ассоциации и партии

403. Свобода политических ассоциаций играет решающую роль в демократической системе Швейцарии. В этой связи политические партии в первую очередь пользуются гарантиями, предоставляемыми статьей 56 Конституции. На федеральном уровне насчитывается порядка 16 политических партий, выражающих широкую палитру политических взглядов от левых до правых.

404. Примеры политических партий, запрещенных в силу опасного характера их деятельности, относятся к тревожным временам второй мировой войны. Так, например, Федеральный совет в 1937 году запретил коммунистическую партию, а в 1940 году - так называемые партии "фронтистов". В те же годы Федеральный суд одобрил решение кантона Цюрих о запрещении группировок, сформированных по образцу военизированных подразделений, и кантона Невшателъ - о запрещении коммунистической партии 263/. Отметим, что в настоящее время подобные меры могли бы быть приняты лишь по отношению к объединениям, стремящимся навязать свои идеи, выходя за рамки демократического процесса.

6. Свобода профсоюзной деятельности

405. Статья 56 Конституции гарантирует также свободу профсоюзной деятельности, т.е. предоставляемое социальным партнерам право создавать ассоциации для защиты их интересов и для охраны условий труда. Эта свобода также отдельно гарантируется Конвенцией № 87 МОТ, статьей 11 ЕКПЧ и, отныне, статьей 22 настоящего Пакта и статьей 8 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах.

406. Объединение швейцарских профсоюзов, Конфедерация христианских профсоюзов Швейцарии и Федерация швейцарских ассоциаций рабочих и служащих являются основными объединениями, куда входит большинство профсоюзов страны. Доля членов профсоюзов по отношению к общей численности трудящихся, согласно данным сравнительной таблицы,

составленной ОЭСР (опубликованной в "Employment Outlook" в июле 1992 года), за последние 30 лет варьировалась в пределах 30-35%.

407. Существуют также организации работодателей; так, например, Центральный союз швейцарских ассоциаций предпринимателей объединяет 34 профессиональных ассоциации и 37 региональных ассоциаций.

408. К правам, связанным со свободой объединяться или вступать в профсоюзы, относятся, в основном, право на заключение коллективных трудовых договоров (КТД) и право на забастовку. Коллективные трудовые договоры, которые регулируются статьями 356 и след. Обязательственного кодекса, могут быть заключены между одним или несколькими организованными или неорганизованными работодателями и одной или несколькими организациями трудящихся: таким образом, лишь последние должны быть организованы, для того чтобы заключать КТД. Однако некоторые КТД могут быть обязательными для организаций, которые их не подписывали. Действительно, условия труда, определенные в КТД, могут быть расширены и распространены для данной конкретной области на территорию какого-либо кантона (по решению правительства соответствующего кантона, одобренному Федеральным советом), нескольких кантонов или на всю Швейцарию (по решению Федерального совета). Все КТД расширенного действия становятся обязательными в течение срока действия решения о их расширении. Однако в Швейцарии число КТД расширенного действия является незначительным по сравнению с общим числом заключенных КТД.

409. Трудящиеся не имеют никакого субъективного права быть нанятыми, и поэтому до их принятия на работу они не пользуются никакой мерой защиты от дискриминационных действий работодателя, которые могли бы ущемить их свободу объединяться или вступать в профсоюзы. При наличии трудовых отношений работники частного сектора защищены от подобных действий применительно к своей профсоюзной деятельности, осуществляемой на основе норм права. Эта защита вытекает из всего комплекса гарантий защиты личности на основе статьи 28 Гражданского кодекса. Трудящиеся пользуются также особой защитой, предусмотренной в Обязательственном кодексе (пункт 2 а) статьи 336), согласно которому расторжение трудового договора является противозаконным, если оно обусловлено членством или нечленством трудящегося в какой-либо организации или осуществлением профсоюзной деятельности на основе правовых норм. Обязательственный кодекс объявляет также недействительными те договоры, которые обязывают трудящихся вступать в организацию, подписавшую какой-либо КТД.

410. Вместе с тем не существует конституционных положений или законодательных актов, определяющих условия, при которых забастовка считается законной. Судебная практика 264/ установила следующие критерии:

- забастовка должна быть организованной, и только одна или несколько организаций трудящихся могут принимать в ней участие; кроме того, они должны быть в состоянии прекратить забастовку посредством заключения трудового договора.

Таким образом, "дикая забастовка" (вызванная стихийным движением неорганизованных трудящихся) является незаконной;

- цель забастовки не может состоять в удовлетворении уже выдвинутых исковых требований, в отношении которых компетенцией наделены лишь суды или соответствующие арбитражные паритетные органы. Напротив, цель забастовки должна заключаться в разработке новых норм в области условий труда, которые надлежит закрепить в КТД;
- при проведении забастовки следует соблюдать принцип пропорциональности между поставленными целями и используемыми средствами. Забастовка не должна преследовать политические цели;
- забастовка не должна нарушать гибкий режим регулирования трудовых отношений (пункт 2 статьи 357а ОК) или договор о жестком режиме регулирования трудовых отношений. Действительно, существует два режима регулирования трудовых отношений. Первый, квалифицируемый как гибкий, запрещает использование средств борьбы для решения любого вопроса, регулируемого коллективным трудовым договором (пункт 2 статьи 357а ОК). Второй, названный жестким, позволяет социальным партнерам предусматривать в их коллективном договоре полный запрет на использование средств борьбы даже в отношении вопросов, которые не рассматриваются в этом договоре (та же статья).

411. Если эти условия не соблюдаются, забастовка служит основанием для немедленного расторжения трудовых договоров бастующих, а также возможных требований о возмещении ущерба. Количество забастовок и локаутов в период с 1975 по 1991 годы, а также количество соответствующих предприятий и наемных работников и потерянных рабочих дней приводятся в приложении. Проведение в 1992 году трех забастовок, в которых участвовали 18 предприятий и 220 трудящихся, привело к потере 673 рабочих дней. Следует добавить, что благодаря подписанию многочисленных договоров о режимах регулирования трудовых отношений, конфликты возникают относительно редко, и судебная практика не является обширной. Отметим также, что, как правило, работники, выполняющие управленческие функции, и государственные служащие лишены права на забастовку. Таким образом, федеральные служащие не могут ни участвовать в забастовке, ни призывать к ней своих коллег. К лицам, нарушающим этот запрет, могут применяться дисциплинарные санкции вплоть до увольнения с работы. (В качестве примера см. статьи 13, 23 и 62 Федерального закона о статусе государственных служащих, прилагается.) На кантональном уровне законодательство, как правило, также налагает запрет на проведение забастовки государственными служащими. Как представляется, лишь кантон Юра предусматривает право на забастовку для некоторых категорий государственных служащих. В настоящее время осуществляется полный пересмотр статуса федеральных служащих, который способен привести к изменению этой ситуации.

7. Статус правозащитных ассоциаций

412. Эти ассоциации подчиняются общему режиму, изложенному выше. Таким образом, они могут учреждаться свободно, без предварительного разрешения, если их цели и используемые средства не являются противозаконными или не противоречат общепринятым нормам морали. По смыслу Гражданского кодекса они учреждаются как фонды или "ассоциации". Государственные власти не только допускают создание ассоциаций, призванных защищать права человека, но также и поощряют их деятельность, главным образом посредством выделения субсидий. На федеральном уровне отдел по правам человека при федеральном департаменте иностранных дел располагает кредитами, которые он распределяет между различными НПО и правозащитными учреждениями.

Статья 23

Пункт 1

413. В Швейцарии признание семьи в качестве основной ячейки общества, а также ее защита государством закреплены в статьях 54 и 34-квинквиес Федеральной конституции, к которым следует добавить статьи 12 и 8 ЕКПЧ. По этому вопросу, а также об определении понятия "семья" см. выше, материалы к статье 17 Пакта.

414. В своем замечании общего порядка 19 (39) Комитет просит представить ему более подробную информацию о мерах, принятых государством в области защиты семьи. Поскольку в рамках настоящего доклада, учитывая федеративную структуру страны, невозможно дать точное и исчерпывающее представление о нормах, действующих на всех ступенях федеральной иерархии, в нижеизложенных замечаниях содержится краткий обзор политики, проводимой в Швейцарии в области защиты семьи 265/.

415. Статья 34-квинквиес Конституции, принятая в 1945 году, предписывает федеральному государству учитывать потребности семьи и наделяет его полномочиями в области предоставления семейных пособий и пособий по беременности и родам. Законы и некоторые кантональные конституции также содержат нормы, обеспечивающие защиту семьи. Из этого следует, что в этой области задачи распределяются между Конфедерацией, кантонами и общинами, при этом последние очень часто берут на себя обязанности по организации социальной помощи семье (ясли, детские сады, службы по вопросам оказания помощи семье и т.д.).

416. Политика в области семьи, проводимая в Швейцарии, не является политикой в области народонаселения, основанной на соображениях демографического характера. Она скорее соответствует постулату о социальной справедливости: признавая вклад семьи в развитие общества, она направлена на оказание семье помощи с целью корректировки распределения доходов. Эта корректировка осуществляется путем компенсации семейных расходов главным образом посредством семейных пособий (пособия на детей, пособия по

получению профессиональной подготовки, пособия домашним хозяйствам, молодоженам, по случаю рождения ребенка и в случае попечения), режим предоставления которых и бенефициары могут меняться в зависимости от кантона, но которые в принципе выплачиваются родителю, занятому приносящей доход деятельностью, независимо от того, состоят ли родители в браке (разумеется, за исключением пособия молодоженам) или ведут совместное хозяйство, а также посредством налоговых льгот (на федеральном и кантональном уровнях) 266/.

417. Следует также упомянуть о некоторых пособиях по социальному обеспечению, таких, например, как дополнительные пенсии, выплачиваемые пенсионерам или инвалидам, имеющим детей-иждивенцев, пенсии сиротам или дополнительные выплаты к пособиям по безработице состоящим в браке и приравненным к ним лицам. Статья 34-квинквиес Конституции предусматривает введение пособия по беременности и родам, а соответствующий закон находится в стадии разработки. Однако в некоторых кантонах (Санкт-Галлен, Шафхаузен, Цюрих, Цуг, Люцерн, Фрибург, Гларус, Во и Граубюнден) уже осуществляются необходимые выплаты по беременности и родам 267/.

418. В случае особых затруднений семьи должны иметь возможность обращаться в консультационные центры для получения советов и правильной ориентации. В силу Федерального закона о консультационных центрах по беременности от 9 октября 1981 года кантоны учредили бюро по оказанию консультаций и планированию семьи, которые предоставляют бесплатные услуги. Кроме того, статья 171 Гражданского кодекса предписывает кантонам создавать в интересах супружеских пар бюро по оказанию (факультативных) консультаций для разрешения любых трудностей, встречаемых в совместной жизни или при выполнении родительских обязанностей. В рамках предварительного проекта пересмотра статей Гражданского кодекса, посвященных праву на расторжение брака, предусматривается обязанность кантонов обеспечивать супругам возможность обращаться в посреднические бюро для получения информации о расторжении брака и его последствиях.

419. В рамках федеральной администрации существует "Центр по вопросам семьи", выполняющий, в частности, задачи, связанные с выплатой федеральных или кантональных семейных пособий и политикой в области семьи. Наконец, каким бы кратким ни был настоящий обзор, нельзя не упомянуть о роли многочисленных частных ассоциаций по вопросам семьи, среди которых основными являются: "Про Фамилия", "Про Ювентуте", Национальное движение в защиту семей, Швейцарская федерация родительских организаций, Швейцарский форум родительских организаций и Швейцарская федерация родителей-одиночек. Некоторые ассоциации получают государственные субсидии.

Пункты 2 и 3

420. Положения этих двух пунктов соответствуют принципам, закрепленным в статье 54 Конституции и отраженным в статьях 96 и след. Гражданского кодекса. В целом

институт брака в швейцарском праве имеет пять основных характеристик, каковыми являются моногамия, гетеросексуальность, экзогамия, изначальное обоюдное согласие и заключение брака согласно гражданскому законодательству. В соответствии с Гражданским кодексом заключение брака считается законным при наличии следующих условий:

а) мужчины могут вступать в брак по достижении 20 лет, а женщины - 18 лет.

Тем не менее в качестве исключения правительство кантона проживания может предоставить разрешение на заключение брака женщине в возрасте 17 лет или мужчине в возрасте 18 лет при согласии их родителей или опекунов (статья 96 ШГК). В настоящее время гражданская дееспособность приобретается по достижении 20 лет, однако лица, вступившие в брак до достижения этого возраста, объявляются совершеннолетними (приобретение полной дееспособности посредством заключения брака (пункт 2 статьи 14 ШГК)). Такое заключение брака требует согласия родителей или опекуна (статья 98 ШГК). Парламентом был одобрен проект, касающийся снижения возраста гражданской дееспособности до 18 лет. Его принятие приведет к установлению соответствия между брачным возрастом обоих партнеров, а также устранил возможность приобретения полной дееспособности для женщин в возрасте 17 лет.

б) Способность понимать значение своих действий и отсутствие психических заболеваний (статья 97 ШГК).

Необходимость быть способным понимать значение своих действий вытекает из норм, связанных с осуществлением гражданских прав (см. выше, материалы к статье 16 Пакта). Федеральный суд напомнил, что это требование не следует толковать слишком узко, с тем чтобы необоснованно не ущемлять свободу вступления в брак. Более того, в постановлении от 1983 года Федеральный суд указывает, что брак должен заключаться, если он не наносит вреда заинтересованному лицу и независимо от сомнений в отношении способности вступающего в брак понимать значение своих действий 268/. Что касается отсутствия психических заболеваний, то в последнее время это условие получило в теории более ограниченное толкование: заключение брака запрещается лишь в случае заболеваний, лишающих лицо способности понимать значение своих действий 269/. Таким образом, это условие совпадает с условием относительно наличия способности понимать значение своих действий и не содержит по сравнению с ним никаких новых элементов. Эта концепция представляется справедливой с учетом основополагающего значения свободы вступления в брак. Однако она, по-видимому, еще не утвердилась в практике Федерального суда, который в своих, правда, достаточно старых, постановлениях утверждает, что "лицо, страдающее психическим заболеванием, не может вступать в брак, даже если оно способно понимать значение своих действий 270/. Предварительный проект пересмотра Гражданского кодекса предусматривает отмену этого препятствия для лиц, страдающих психическими заболеваниями.

с) Для лица, признанного недееспособным, необходимо согласие его законного представителя (статья 99 ШГК)

Такое согласие необходимо, поскольку лицо, признанное недееспособным, не может осуществлять свои гражданские права. С целью предотвратить злоупотребления закон предусматривает право обжаловать в органы опеки и попечительства отказ законного представителя, который обязан защищать интересы недееспособного лица, в частности, его право на свободу вступления в брак.

d) Отсутствие препятствий к заключению брака

Гражданский кодекс запрещает заключение брака между родственниками или свойственниками по прямой линии 271/, независимо от того, идет ли речь о прямом родстве или усыновлении (в последнем случае отступление от положений закона возможно лишь по решению правительства кантона проживания) (статья 100 ШГК). Для того чтобы вступить в брак, необходимо также представить доказательство о расторжении возможного предыдущего брака (требование моногамии, статья 101 ШГК). Два других препятствия к вступлению в брак утратили в настоящее время весь свой практический смысл. Речь идет, с одной стороны, об отсрочке в 300 дней, установленной для женщины, которая после расторжения предыдущего брака намерена вступить в новый брак (статья 103 ШГК). Это правило, которое использовалось для того, чтобы избежать конфликта по вопросу о презумпции отцовства между двумя мужьями, больше не применяется, поскольку отныне статья 257 ШГК отдает приоритет презумпции отцовства второго мужа. С другой стороны, применение статьи 104 ШГК, позволявшей судье по бракоразводным делам назначать в отношении одного из супругов срок, в течение которого он не может вступать в новый брак, привело к тому, что Европейский суд по правам человека обвинил Швейцарию в нарушении права на вступление в брак 272/. С тех пор это положение не применяется на практике и также, как срок, предусмотренный в статье 103 ШГК, будет отменено в процессе пересмотра норм, касающихся права на расторжение брака.

e) Соблюдение формальных условий, установленных в статьях 105 и след. ШГК.

К этим условиям относятся публикация сообщения о помолвке, соблюдение установленных сроков, форма проведения церемоний бракосочетания и т.д. Отметим, что после заключения гражданского брака сотрудник отдела записи актов гражданского состояния вручает супругам свидетельство о заключении брака, при отсутствии которого невозможно религиозное освящение союза (статья 118 ШГК) 273/. Эти формальные условия будут упрощены в ходе предстоящего пересмотра Гражданского кодекса.

421. Конституционная свобода вступления в брак предполагает также свободу не вступать в брак. В конечном итоге статьи 91 ШГК (которая гласит, что закон не предусматривает никаких мер принуждения в отношении жениха, отказывающегося вступить в брак) и

124 ШГК (в которой отсутствие согласия рассматривается как основание для аннулирования вступления в брак) указывают на важность свободного согласия обоих супругов. Вследствие этого не существует никаких препятствий для внебрачного сожительства.

422. Однако закон не предоставляет особого статуса супругам и семьям, проживающим в свободном союзе. Это оказывает влияние на установление родственной связи: она существует по праву между матерью и ее ребенком (согласно выражению "*mater semper certa*" в статье 252 ШГК). В то время как родственная связь отца может быть установлена лишь на основании его брака с матерью ребенка, признания его прав, судебного постановления, а также посредством усыновления (пункты 2 и 3 статьи 252 ШГК).

423. Хотя, как указывалось выше, лица, проживающие в свободном союзе, приравниваются применительно к большинству режимов семейных пособий к супругам, состоящим в браке, в других областях дело состоит иначе. Например, в области налогообложения, несмотря на невозможность обеспечения равенства режимов между сожителями (облагаются налогами отдельно как лица, не состоящие в браке) и супругами (общее налогообложение при отсутствии раздельного проживания), Федеральный суд исходит из постулата, согласно которому лица, состоящие в браке, не должны уплачивать больше налогов, чем лица, проживающие в свободном союзе, при этом на практике обратный вариант возможен в связи с тем, что система налогообложения не всегда менее благоприятна в отношении сожителей 274/.

424. В отношении иностранцев, на которых также распространяются гарантии статей 54 Конституции и 12 ЕКПЧ, статья 44 Федерального закона о международном частном праве от 18 декабря 1987 года предписывает, что в принципе основные условия вступления в брак регулируются швейцарским правом, но если эти условия не могут быть выполнены, для заключения брака достаточно выполнения условий, предусмотренных внутренним правом одного из лиц, вступающих в брак. Брак, заключенный на законном основании за границей, признается в Швейцарии (статья 45 того же закона).

425. Отметим также, что договорные клаузулы, касающиеся безбрачия, обещания не иметь детей и т.д., рассматриваются как недействительные в силу положений Обязательственного кодекса в отношении объекта и недействительности договоров (статьи 19 и 20 КО).

Пункт 4

426. Равенство супругов на протяжении брака, вытекает из конституционного принципа равенства между мужчинами и женщинами 275/. Так, например, пункт 2 статьи 4 Конституции ясно предусматривает, что "закон обеспечивает равенство в области семьи, образования и трудовой деятельности". Этот постулат служил ориентиром в ходе недавнего внесения поправок в нормы об общих последствиях заключения брака и о наследовании

(поправка к Гражданскому кодексу, от 1 января 1988 года), в то время как правовые положения, касающиеся расторжения брака, находятся в настоящее время в процессе пересмотра.

427. После заключения брака и в период брачного союза:

В основном сохраняется фамилия мужа, при этом женщина может оставить свою фамилию и поставить после нее фамилию мужа (статья 160 ШГК). В соответствии со статьей 30 ШГК лицам, вступающим в брак, по их просьбе может быть разрешено взять фамилию жены как общую для обоих супругов, если они могут обосновать это законными интересами. До недавнего времени в подобном случае мужу не разрешалось оставлять свою фамилию и ставить после нее фамилию жены. Европейский суд по правам человека решил недавно, что в данном случае имеет место неравенство режимов, несовместимое с положениями ЕКПЧ 276/. С учетом этого решения недавно были внесены поправки в Указ о гражданском состоянии от 1 июня 1953 года.

Женщина получает гражданство своего мужа, не теряя при этом своего собственного гражданства (предыдущая система единого права гражданства являлась причиной неравенства, в частности, в том случае, когда женщина занималась политической деятельностью) (статья 161 ШГК).

Супруги совместно выбирают место жительства, и их брачный союз осуществляется на основе полного равенства (статьи 162 и 166 ШГК).

Муж и жена занимаются надлежащим ведением семейных дел по мере своих сил и способностей (статья 163 ШГК).

Правовые имущественные отношения между супругами (долевое участие в общей собственности, совместное владение или раздел имущества) основаны на равенстве между супругами.

"Родительские права" предоставляются обоим супругам в течение всего их брачного союза (статья 296 и след. ШГК), и они также совместно управляют имуществом своего ребенка (статья 318 ШГК), совместно выбирают имя ребенка (статья 301 ШГК) и заботятся о его воспитании (статья 302 и след. ШГК).

В Федеральный закон о приобретении и утрате швейцарского гражданства была внесена поправка, с тем чтобы обеспечить равенство режимов между иностранцем, заключающим брак со швейцаркой, и иностранкой, выходящей замуж за швейцарского гражданина. Новые положения вступили в силу 1 января 1992 года 277/. Отныне иностранный гражданин, вступающий в брак, независимо

от пола, пользуется упрощенной натурализацией после того, как он прожил в стране 5 лет (учитывая год, предшествующий подаче заявления) и состоял в браке в течение трех лет.

428. Что касается равенства супругов в случае прекращения брака вследствие смерти одного из них, положения Книги третьей Гражданского кодекса не проводят различий между супругами.

429. Действующие правовые нормы, касающиеся расторжения брака путем развода, были разработаны еще в начале века и устанавливают определенное неравенство между мужчинами и женщинами. Они, тем не менее, должны быть вскоре пересмотрены в соответствии с положениями статьи 4 Конституции. Пересмотр будет осуществляться по следующим основным направлениям: сохранение судебного порядка расторжения брака, "депенализация" права на развод, поощрение супругов к расторжению брака по взаимному согласию, обеспечение оптимальной защиты интересов детей и справедливое урегулирование экономических последствий развода.

430. В качестве примера следует указать, что в 1991 году в Швейцарии было зарегистрировано 13 627 разводов, или два развода на тысячу жителей. Статистические данные за тот же год о количестве разводов на 10 000 браков, в разбивке по продолжительности брака, представляются следующим образом:

0-4 года брака	150,8
5-9 лет брака	184,5
10-14 лет брака	127,9
15-19 лет брака	085,6
20 лет и более	031,1

431. Защита детей в браке или в случае его расторжения обеспечивается положениями о защите интересов ребенка, об опеке (см., в частности, статьи 307 и след. и 368 и след. ШГК, также в стадии пересмотра), о временных мерах, принимаемых судьей по гражданским делам в случае прекращения совместной жизни (пункт 3 статьи 176 ШГК) в рамках бракоразводной процедуры (статья 145 ШКГ) или по завершении последней (статьи 156 и 315 а) ШГК).

432. Разрешая вопросы родительских прав и личных отношений после развода, согласно статье 156 ШКГ (статья 138 предварительного проекта), судья принимает во внимание любые обстоятельства, имеющие важное значение для благополучия ребенка. Судебная практика указывает на то, что к этим обстоятельствам относятся отношения между родителями и ребенком, личность родителей (способность воспитывать ребенка, физическое и психическое здоровье и т.д.), условия их жизни (расходы, профессия, устройство личной жизни и т.д.), а также личность ребенка и отношения между детьми 278/. Судья располагает широкими полномочиями по оценке, что позволяет ему принимать

решения, соответствующие каждому конкретному случаю. Он учитывает также возможные совместные ходатайства родителей. Кроме того, предварительный проект четко предусматривает, что судья, по возможности, будет учитывать мнение ребенка. Это, однако, не означает, что будет запрашиваться мнение ребенка о том, с кем из родителей он предпочитает жить; вместе с тем, если ребенок определенного возраста имеет твердое мнение на этот счет, судья должен убедительно мотивировать решение, принятое вопреки этому мнению. И наконец, предварительный проект делает возможным предоставление общих родительских прав разведенным супругам. Отметим также, что после прекращения незарегистрированного брака родительские права сохраняются за матерью, как и в течение периода сожительства (статья 298 ШГК).

Статья 24

433. Общий принцип равенства, о котором упоминалось выше в главе, посвященной статье 2 Пакта, применяется также в отношении детей. Наряду с этим определенный интерес представляют замечания, касающиеся несовершеннолетних и содержащиеся в главах, посвященных статьям 8 (проблемы торговли детьми, сексуальной эксплуатации детей гражданами Швейцарии за границей), 10 (режим лишения свободы, применяемый к несовершеннолетним, лишение свободы в целях оказания помощи), пункту 4 статьи 14 и статье 16 (условия использования и осуществления гражданских прав), 17 (защита семейной жизни), пункту 4 статьи 18 и статье 23 Пакта.

434. Следует также упомянуть о том, что правительство Швейцарии собирается ратифицировать Конвенцию о правах ребенка. Федеральным палатам было направлено официальное сообщение по этому вопросу. Ратификация этой Конвенции, содержащей пусть даже неполный и не всегда четко сформулированный перечень мер, которые государства-участники обязуются разрабатывать в данной области, позволит изучить возможности укрепления законодательного механизма и оптимизации его использования в интересах каждого ребенка. В дополнение к вышеизложенному в последующих пунктах дается определение несовершеннолетнему ребенку на основании швейцарского права и приводится дополнительная информация в отношении прав и защиты детей.

435. По швейцарскому гражданскому праву любое лицо, не достигшее возраста 20 лет, является несовершеннолетним. Если какое-либо несовершеннолетнее лицо лишено родительской заботы, оно передается под опеку (статьи 14 и 368 ШГК). В некоторых случаях можно приобрести гражданскую дееспособность до достижения возраста 20 лет; так, например, вступление в брак наделяет гражданской дееспособностью (статья 14 ШГК) молодого человека по достижении возраста 18 лет, а молодую женщину - по достижении возраста 17 лет (статья 96 ШГК, см. выше, материалы к статье 23); кроме того, орган опеки и попечительства может объявить полностью дееспособным молодого человека, достигшего возраста 18 лет (приобретение полной дееспособности посредством эмансипации, статья 15 ШГК). Добавим также, что поправка, внесенная в законодательство и касающаяся приобретения гражданской дееспособности по достижении возраста 18 лет, вероятно, вступит в силу в 1995 году.

Пункт 1

436. Исходя из существующего в Швейцарии правового порядка, каждое отдельное лицо, а значит и несовершеннолетний, может пользоваться гражданскими правами и, вследствие этого, имеет равную с другими способность становиться субъектом прав и обязанностей в рамках, установленных законом (статья 11 ШГК). Вместе с тем лишь совершеннолетние лица или лица, способные понимать значение своих действий, могут осуществлять гражданские права и нести ответственность за собственные действия. Действия, совершенные лицами, неспособными понимать их значение, не порождают, как правило, никаких юридических последствий (статья 18 ШГК). Несовершеннолетние, способные понимать значение своих действий, могут брать на себя обязательства лишь с согласия своих законных представителей (статья 19 ШГК). Однако они не нуждаются в этом согласии в случае совершения сделок, направленных на безвозмездное получение выгоды, или в случае осуществления своих исключительно личных прав, таких, как, например, основные права отвлеченного характера. Эти принципы, с одной стороны, учитывают необходимость обеспечения защиты несовершеннолетнего и, с другой стороны, предписывают уважать его волеизъявление в той мере, в которой он способен понимать значение своих действий.

437. Основные права личности, и в частности принцип равенства, закрепленный в статье 4 Федеральной конституции, имеют общее для всех применение, и, таким образом, дети также пользуются ими без какой-либо дискриминации. Исключение составляют права, для осуществления которых требуется достижение определенного возраста, как, например, в случае политических прав. В той мере, в которой несовершеннолетний способен понимать значение своих действий, он, в принципе, может самостоятельно отстаивать свои основные права отвлеченного характера. Пункт 3 статьи 49 Конституции содержит в этом отношении конкретное положение: по достижении ребенком возраста 16 лет родители становятся неправомочны решать вопрос о его религиозном образовании 279/. За этим исключением, Федеральная конституция не содержит никакого положения, особым образом регулирующего права детей и их отношения с родителями. Тем не менее в соответствии со статьей 34-квинквиес Конституции Конфедерация при осуществлении возложенных на нее полномочий и в рамках действующей Конституции учитывает потребности семьи (см. выше, материалы к статье 23).

438. В разделах 7 и 8 Гражданского кодекса Швейцарии регулируются вопросы, связанные с установлением происхождения детей и его последствиями. В них, в частности, рассматриваются такие вопросы, как фамилия, имя и гражданство ребенка, обязанности родителей и детей по оказанию взаимной помощи и проявлению заботы, а также право родителей поддерживать личные отношения со своим ребенком. Регулируется также обязанность по содержанию родителей. Наконец, в соответствии с Гражданским кодексом родители наделены правами по воспитанию несовершеннолетних детей. Добавим

также, что не существует никакой дискриминации в вопросах наследования между законными и внебрачными детьми, если установлена родственная связь с отцом (на основании заявления о признании отцовства или постановления суда).

439. В соответствии со статьей 301 Гражданского кодекса родители проявляют заботу о своем ребенке, руководят его воспитанием в его интересах и принимают необходимые решения, учитывая его собственные способности. Ребенок обязан слушаться своих родителей, которые предоставляют ему свободу действовать самостоятельно в зависимости от степени его зрелости и, по мере возможности, учитывают его мнение в решении важных вопросов. Родители обязаны воспитывать ребенка, исходя из своих способностей и возможностей, способствуя его физическому, умственному и нравственному развитию. Они должны обеспечить, чтобы ребенок получил общее и соответствующее профессиональное образование, оптимальным образом отвечающее его наклонностям и способностям. С этой целью они должны поддерживать тесный контакт со школой и, если того требуют обстоятельства - с государственными учреждениями по защите интересов молодежи. При этом частные отношения между родителями и их детьми защищены от неоправданного вмешательства государства неписаным конституционным правом на свободу личности, а также статьями 8 ЕКПЧ и 17 Пакта. Согласно нормам, касающимся родительских прав, ответственность за воспитание детей при уважении их личного достоинства возлагается в первую очередь на родителей.

440. Родители, состоящие в браке, осуществляют родительские права совместно (пункт 1 статьи 297 ШГК); иначе обстоит дело в случае расторжения брака или когда родители не состоят в законном браке (пункт 3 статьи 297 и статья 298 ШГК). Таким образом, швейцарское право не допускает совместного осуществления родительских прав вне брака. Они в основном предоставляются матери, в случае если супруги не состоят в законном браке. Если мать является несовершеннолетней, недееспособной или умерла или если ее лишили родительских прав, орган опеки и попечительства назначает ребенку попечителя или передает родительские права отцу, исходя из интересов ребенка. В случае расторжения брака родительские права предоставляются в соответствии с интересами ребенка. Осуществляемый в настоящее время пересмотр положений о праве на развод, возможно, позволит в будущем предоставлять общие родительские права разведенным супругам, а также, при некоторых условиях, лицам, не состоящим в зарегистрированном браке.

441. Таким образом, одним из руководящих принципов швейцарского права в области семьи является учет интересов ребенка; как родители, так и государственные власти должны действовать в соответствии с этой целью. Статьи 307 и след. Гражданского кодекса в разделе "Защита ребенка" предусматривают, что орган опеки и попечительства принимает необходимые для защиты ребенка меры, в том случае, если что-либо угрожает его развитию, а родители не предпринимают никаких усилий по исправлению положения

или не в состоянии это сделать. К рассматриваемым мерам относится, в частности, напоминание родителям об их обязанностях, дача рекомендаций или распоряжений по уходу за детьми, а также воспитанию и образованию ребенка, назначение лица, имеющего право осуществления надзора и сбора информации, назначение попечителя, лишение права попечения о ребенке или даже родительских прав и передача ребенка под опеку; в более серьезных случаях может быть принято решение о помещении ребенка в надлежащее учреждение 280/. Совершенно очевидно, что эти решения могут быть обжалованы (статья 420 ШГК).

442. Интересы ребенка являются также определяющими в ходе процедуры усыновления (статья 264 ШГК), при принятии решений о предоставлении родительских прав отцу, когда родители не состоят в браке (пункт 2 статьи 298 ШГК), или в случае лишения одного из родителей права на общение с ребенком (статья 274 ШГК). Понятие о благе или интересах ребенка должно конкретизироваться компетентными властями, в зависимости от каждого отдельного случая и в свете общих принципов конституционного и международного права. В этой связи предстоящая ратификация Швейцарией Конвенции о правах ребенка поможет органам власти в осуществлении их задачи, связанной с толкованием действующих норм.

443. Похищение детей в международном масштабе является проблемой, вызывающей беспокойство федеральных властей. В рамках Федерального управления юстиции был учрежден центральный орган по вопросу о похищении детей в международных масштабах. Каждый год он регистрирует 70-100 случаев похищения детей. Государственные власти оказывают помощь заинтересованным лицам, с тем чтобы добиться возвращения детей, незаконно удерживаемых за границей. Швейцария участвует в Европейской конвенции о признании и исполнении судебных решений в области попечения над детьми и о восстановлении такого попечения от 20 мая 1980 года, а также в Гаагской конвенции о гражданских аспектах похищения детей в международных масштабах от 25 октября 1980 года. Однако в случае похищения детей, которые удерживаются в государствах, не ратифицировавших эти конвенции, возможность эффективного вмешательства является весьма ограниченной.

444. На основании статьи 220 Уголовного кодекса Швейцарии, вступившей в силу 1 января 1990 года, лицо, похищающее или отказывающееся передать несовершеннолетнего лицу, осуществляющему родительские права, или опекуну, подлежит, по жалобе потерпевшего, наказанию в виде лишения свободы или уплаты штрафа.

445. Жестокое обращение и эксплуатация детей членами их семьи или третьими лицами являются и для Швейцарии серьезной проблемой, что следует из недавно представленного доклада 281/. Помимо изложенных выше положений Гражданского кодекса и положений Уголовного кодекса, касающихся посягательств на физическую неприкосновенность, следует сослаться на статьи 187, 188, 189, 190 и 213 Уголовного кодекса, которые обеспечивают защиту половой неприкосновенности несовершеннолетних. Основная проблема, тем не

менее, заключается в том, что компетентные органы власти не могут осуществлять своевременное вмешательство, поскольку испытывают затруднения в получении информации о случаях применения грубого обращения. Эти действия чаще всего совершаются в узком семейном кругу, и жертвы подобного обращения неохотно рассказывают об этом посторонним. В вышеупомянутом докладе перечислен ряд мер, принятых в данной области как государственными органами власти, так и частными организациями 282/. Необходимо прилагать дальнейшие усилия в этом направлении (см. рекомендации Рабочей группы, стр. 99 и след. доклада). В этом смысле новый Федеральный закон об оказании помощи жертвам правонарушений от 4 октября 1991 года (СС 312.5) является несомненным достижением 283/. Наконец, статьи 358-бис и 358-тер, устанавливающие обязательство по уведомлению о случаях нарушений, гласят: "Если в ходе судопроизводства по делам о правонарушениях в отношении несовершеннолетних компетентный орган сочтет необходимым принятие дополнительных мер воздействия, он незамедлительно уведомляет об этом орган опеки и попечительства"; "если речь идет о соблюдении интересов несовершеннолетних, лица, обязанные хранить профессиональную или служебную тайну (статьи 320 и 321), могут уведомлять орган опеки и попечительства о правонарушениях, совершенных в отношении несовершеннолетних".

446. Дети не подлежат никакой мере уголовного наказания до достижения возраста 7 лет. До достижения возраста 18 лет к несовершеннолетним применяется особый уголовный режим на основе применения мер воспитательного воздействия или оказания помощи (статьи 82-99 ШГК). Возраст уголовной ответственности наступает в принципе по достижении 18 лет. Однако, согласно статье 64 УК, тот факт, что возраст правонарушителя составляет от 18 до 20 лет, может рассматриваться как смягчающее вину обстоятельство. Кроме того, молодые люди (18-25 лет) могут быть помещены в воспитательно-трудовые учреждения вместо отбывания обычного уголовного наказания (статьи 100-бис и 100-тер УК) 284/.

447. Швейцарское трудовое законодательство 285/ устанавливает минимальный возраст приема на работу несовершеннолетних по достижении ими 15 лет. Существуют, однако, исключения, касающиеся некоторых видов нетрудоемких работ, которые ребенок может выполнять по достижении возраста 13 лет, при условии, что это не будет препятствовать его развитию. В отношении молодых трудящихся в возрасте 15-19 лет существуют специальные нормы, регулирующие часы работы, сверхурочные, отпуска, перерывы в работе, а также работу в ночную смену и по выходным дням. Кроме того, Обязательственный кодекс регулирует договорные обязательства между работодателем и работником. Так, например, в соответствии со статьей 329 а) ОК работникам в возрасте до 20 лет предоставляется пятидневный отпуск, а в соответствии со статьей 329 е) ОК молодые люди в возрасте до 30 лет имеют право на отпуск для занятия внешкольной деятельностью.

Пункт 2

448. Регистрация каждого ребенка, а также его право на получение фамилии, имени и гражданства гарантируются статьями 270, 271 и пунктом 3 статьи 301 Гражданского кодекса, а также статьей 59 Указа о гражданском состоянии от 1 июня 1953 года (СС 211.112.1). Таким образом, каждый новорожденный получает одно или несколько имен, фамилию и гражданство. В общинах и кантонах существуют отделы записи актов гражданского состояния, осуществляющие государственную регистрацию этих актов в соответствующих книгах записей.

Пункт 3

449. Федеральный закон о приобретении и утрате швейцарского гражданства от 29 сентября 1952 года (СС 141.0) предусматривает два пути приобретения гражданства: приобретение по закону, в частности по признаку родства, и натурализацию. Натурализация иностранцев или лиц без гражданства сопряжена с определенными условиями, касающимися интеграции в жизнь общества и продолжительности проживания в Швейцарии (12 лет, а в некоторых случаях - 5 лет, согласно статье 15 вышеупомянутого закона). Не существует, однако, никакого права на натурализацию, даже в отношении лиц без гражданства, что не вполне совместимо с положениями пункта 3 статьи 24 применительно к детям, которые не могут получить никакого другого гражданства кроме швейцарского. Добавим, тем не менее, что оказавшийся на территории Швейцарии ребенок, происхождение которого неизвестно, приобретает гражданство того кантона, на территории которого он находится, а следовательно, и швейцарское гражданство (статья 6 вышеупомянутого закона).

450. Предложение о пересмотре Федеральной конституции в области приобретения и утраты швейцарского гражданства было отклонено населением и кантонами 12 июня 1994 года. В рамках пересмотра предполагалось упростить процедуру натурализации для иностранцев, которые провели свое детство в Швейцарии, путем сокращения сроков, требуемых в соответствии с существующей практикой.

Статья 25

1. Право принимать участие в ведении государственных дел, голосовать и быть избранным

а) Право голоса и право принимать участие в ведении государственных дел

451. На федеральном уровне право голоса гарантируется положениями пунктов 1 и 2 статьи 43 и пунктами 1, 2 и 3 статьи 74 Конституции, которые гласят:

Статья 43

- "1. Любой гражданин любого кантона является швейцарским гражданином.
2. Он может в этом качестве и по месту своего жительства участвовать во всех выборах и голосованиях, проводимых на федеральном уровне, предварительно должным образом зарегистрировавшись в списках избирателей".

Статья 74

- "1. Швейцарцы и швейцарки имеют равные права и равные обязанности в отношении федеральных выборов и голосований.
2. Все швейцарцы и швейцарки, достигшие возраста 20 лет и не лишенные политических прав на основании положений законодательства Конфедерации или кантона их проживания, имеют право участвовать в этих выборах и голосованиях.
3. Конфедерация принимает унифицированные законодательные положения о праве на участие в выборах и голосованиях, проводимых на федеральном уровне".

Эти положения конкретизированы в Федеральном законе от 17 декабря 1976 года о политических правах (СС 161.1), в Федеральном законе от 19 декабря 1975 года о политических правах швейцарских граждан, проживающих за границей (СС 161.5), а также в инструкциях по их применению.

452. Швейцарская политическая система может быть квалифицирована как система "опосредованной демократии" в силу того, что принятие законодательных актов по завершении парламентских прений не является окончательным, поскольку с 1874 года Конституция признает право на проведение всенародного референдума. Так, например, если в течение 90 дней после принятия закона федеральными палатами будет собрано 50 000 личных подписей избирателей, выступающих за то, чтобы принятые парламентом акты были вынесены на всенародное одобрение, то проводится всенародное голосование и закон вступает в силу лишь при условии, что за него проголосует большинство граждан, участвовавших в голосовании. Аналогичная процедура проводится по просьбе восьми кантонов (пункты 2 и 4 статьи 89 Конст.). Из этого следует, что закон вступает в силу не раньше, чем по истечении 90 дней, отведенных на проведение референдума. Помимо законов, а также основанных на положениях Конституции постановлений, вступление в силу которых не терпит отлагательств, и федеральных постановлений общего характера, на референдумы выносятся также не подлежащие денонсации бессрочные международные договоры, а также договоры о вступлении в какую-либо международную организацию или о многосторонней кодификации правовых норм (пункт 3 статьи 89 Конст.). Поправки к Конституции, а также отступающие от конституционных положений постановления, вступление которых в силу не терпит отлагательств, и, наконец, решения о вступлении в

организации коллективной безопасности или в наднациональные сообщества во всех случаях выносятся на двойное всенародное одобрение, т.е. всего населения и кантонов (обязательный референдум, пункты 5 и 123 статьи 89 Конст.).

453. С 1891 года Конституция признает также право всенародной инициативы, позволяющее вносить предложения об общем или частичном пересмотре Конституции (статья 121 Конст.). Для этого в течение 18 месяцев необходимо собрать 100 000 подписей швейцарских граждан. Парламент не может воспрепятствовать вынесению на голосование всенародной инициативы, кроме как объявив ее неприемлемой по форме или даже - согласно преобладающей в теории точке зрения - недействительной в силу нарушения какой-либо императивной нормы международного права (*jus cogens*; до настоящего времени такая ситуация не имела места). Всенародная инициатива может касаться лишь внесения поправок в Конституцию, и для ее принятия необходимо двойное всенародное одобрение, т.е. населения и кантонов.

454. Пункт 1 статьи 74 устанавливает общий принцип всеобщего избирательного права, который применим к выборам в Национальный совет (нижняя палата) 286/, к другим видам голосования на федеральном уровне, а также к праву инициативы и референдума. Выборы представителей каждого кантона в Совет кантонов (верхняя палата) регулируются не федеральным правом, а положениями кантональных конституций; повсеместно они проводятся на основе всеобщего избирательного права. Что касается Федерального совета, то он избирается обеими палатами в ходе Парламентской ассамблеи 287/.

455. Равенство политических прав рассматривается как прерогатива, и в случае их нарушения можно использовать средства правовой защиты (статьи 77-80 Федерального закона о политических правах). Ни Конституция, ни федеральное законодательство не предусматривают в этом отношении никаких особых обязанностей. Однако кантоны полномочны действовать в этом плане по своему усмотрению и устанавливать обязательное участие в подсчете голосов и даже в федеральном голосовании 288/.

456. Пункт 2 статьи 74 определяет условия, необходимые для осуществления права голоса. В статье указываются три таких условия:

а) Швейцарское гражданство. Согласно этому условию, иностранцы, проживающие в Швейцарии, лишены права голоса в федеральном масштабе. Это условие применяется лишь по отношению к политическим правам на федеральном уровне, и оно не препятствует кантонам привлекать иностранцев к принятию политических решений на кантональном или общинном уровнях 289/.

б) Избирательная правоспособность. Она приобретается по достижении возраста 18 лет (гражданская дееспособность в полном объеме возникает в настоящее время по достижении возраста 20 лет). В кантонах установлен аналогичный возрастной ценз.

с) Избирательная дееспособность. Она регулируется статьей 2 Федерального закона о политических правах, в соответствии с которой граждане, признанные недееспособными на основании статьи 369 Гражданского кодекса вследствие психического расстройства или слабоумия, лишаются права голоса на федеральных выборах. Таким образом, лишение избирательных прав предполагает вынесение судебного решения о недееспособности, т.е. о передаче под опеку, на основании двух мотивов, исчерпывающим образом изложенных в статье 369 Гражданского кодекса 290/.

457. На кантональном уровне граждане могут пользоваться более широкими политическими правами, чем на федеральном уровне, поскольку кантональное правительство избирается непосредственно народом, и многие кантоны, помимо конституционной инициативы, единственно возможной в федеральном праве, наделены правом законодательной инициативы, позволяющим определенному числу граждан вынести на всенародное голосование какое-либо законодательное предложение. Кроме того, следует напомнить, что каждый кантон имеет свои собственные конституцию и законодательство. Как правило, законодательная власть принадлежит однопалатному парламенту, который избирается по системе пропорционального представительства. В некоторых кантонах, однако, действует система прямой демократии, согласно которой законодательная власть принадлежит народному собранию. Исполнительная и административная власть принадлежит государственному совету, который избирается народом на установленный срок и организован на основе тех же принципов, что и Федеральный совет: председатель государственного совета избирается ежегодно, а деятельность совета основана на принципе коллегиальности.

458. Пункт 4 статьи 74 Конст. наделяет кантоны правом определять порядок проведения голосований и выборов на кантональном и общинном уровнях. Тем не менее свобода кантонов в этой области не является неограниченной. Действительно, кантоны должны гарантировать "осуществление политических прав согласно республиканской форме правления" (пункт 2 статьи 6 Конст.). Они также должны следить за соблюдением принципа равного обращения (статья 4 Конст.) и прав народа (статья 5 Конст.). Кантоны, таким образом, не могут отступать от принципа всеобщего избирательного права, подвергая необоснованной дискриминации служителей культа, лиц, уклоняющихся от уплаты налогов 291/ или женщин 292/.

459. В кантонах, как правило, статус избирателя обусловлен, за рядом исключений, наличием швейцарского гражданства (о политических правах иностранцев см. ниже). При этом возрастной ценз равен 18 годам. Значительное большинство конституций кантонов по примеру федерального права предусматривает лишение избирательных прав лишь в случае недееспособности ввиду психического расстройства или слабоумия. Однако в некоторых конституциях закреплены другие мотивы избирательной недееспособности (передача под опеку, объявление лица банкротом в связи с совершением незаконных действий, длительная и не вызванная необходимостью зависимость от органов государственного вспомоществования, лишение свободы в пенитенциарном учреждении и т.д.). С

теоретической точки зрения считается, что подобные исключения, хотя они и устарели, не противоречат Федеральной конституции 293/. В настоящее время такое положение вещей наблюдается лишь в двух кантонах (Швиц и Санкт-Галлен).

b) Право быть избранным

460. В силу статей 75, 96 и 108 Конституции существуют три условия избрания в Национальный совет (нижняя палата), в Федеральный совет, а также в Федеральный суд. Они соответствуют условиям, изложенным выше в отношении права голоса, инициативы и референдума (швейцарское гражданство, избирательная правоспособность, избирательная дееспособность). Однако к ним следует добавить особое условие: несовместимость с выполнением функций служителя культа. Действительно, Конституция предоставляет право быть избранным лишь мирянам 294/. Это условие, которое объясняется чисто исторически и связано, в частности, с имевшими место в прошлом межконфессиональными трениями, подверглось теоретической критике и потеряло как свою актуальность, так и практическое значение. Римско-католическая церковь запрещает своим священникам занимать политические посты.

461. На кантональном уровне законодатели должны соблюдать те же самые принципы, что и в отношении права голоса, устанавливая нормы, регулирующие право быть избранным, применительно к представителям своих исполнительных, законодательных и судебных органов (статьи 4, 6, 43 и 60 Конст. см. выше, пункт 312). Что касается, например, выборов представителей кантона в Совет кантонов (верхняя палата), то кантоны полномочны сохранять право быть избранным за своими жителями, но не за всеми гражданами кантона.

462. Кроме вышеупомянутых норм в отношении права быть избранным, Федеральная конституция и кантональные правовые нормы содержат положения, предусматривающие определенную несовместимость между выполнением государственных функций и другими видами деятельности. Они направлены прежде всего на то, чтобы сохранить разделение исполнительной, законодательной и судебной власти, а также двухпалатную систему парламента.

463. На федеральном уровне существует следующее правило несовместимости. В соответствии со статьями 97 и 108 Конст. члены Федерального совета и Федерального суда в течение всего срока их полномочий не могут выполнять другие служебные функции. На основании статьи 77 Конст. (положения которой развиваются в статье 18 Федерального закона о политических правах) мандат национального советника (избираемого в нижнюю палату парламента) не совместим с мандатом кантонального советника (избираемого в верхнюю палату), с мандатом федерального советника (член правительства - федерального коллегиального исполнительного органа) или федерального служащего, назначаемого правительством. Правило несовместимости действует также в отношении мандата федерального судьи (статья 108 Конст.), в отношении лица, имеющего награды

иностранного государства (статья 12 Конст.), или, как указывалось выше, в отношении служителей культа (статья 75 Конст.). Кроме того, согласно кантональному праву, выполнение официальных функций на уровне кантона не совместимо с функциями национального советника 295/. Правило несовместимости предписывает заинтересованному лицу сделать выбор между соответствующими официальными функциями. Правила несовместимости, относящиеся к функциям кантональных советников, аналогичны тем, которые касаются национальных советников, за двумя исключениями: федеральное право не препятствует кантонам объявлять совместимыми или несовместимыми функции служителя культа и федерального должностного лица (статья 81 Конст.).

464. Подробное рассмотрение видов несовместимости, предусмотренных различными конституциями и законодательствами кантонов, выходит за рамки настоящего доклада. Как правило, они соответствуют нормам, изложенным выше 296/.

с) Проведение выборов

465. С целью обеспечения свободного волеизъявления избирателей статья 25 b) настоящего Пакта предписывает проведение подлинных периодических выборов на основе всеобщего и равного избирательного права при тайном голосовании.

466. Голосование и выборы, проводимые в Швейцарии в общинах, кантонах, а также на федеральном уровне, основываются на этих критериях. В общей части настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29, раздел 2. Государственное устройство, федерализм) дан обзор порядка проведения выборов в политические органы власти. Он содержит полезную информацию по этому вопросу. Следует добавить, что продолжительность legislatures составляет в основном четыре года, что соответствует требованию о периодичности проведения выборов и что законы о политических правах обеспечивают равенство голосов избирателей, а также справедливый характер проведения выборов 297/.

467. Противоречие с положениями статьи 25 b) можно усмотреть лишь в плане применения принципа тайного голосования к проведению местных или региональных выборов. В самом деле, в некоторых кантонах выборы парламента, правительства, кантональных судей и судебных работников низшего звена традиционно проводятся открыто, поднятием руки, по примеру любого голосования по вопросам кантонального значения в ходе ассамблей избирателей, названных "Landsgemeinde". В других кантонах, в частности в кантоне Граубюнден, существуют "Landsgemeinde" общин или групп ("Kreise"), которые в силу положений местных конституций избирают свои органы власти поднятием руки.

468. Хотя эти институты не гарантируют тайну голосования и в этом смысле не соответствуют положениям Пакта, их отмена представляется затруднительной в силу укоренившихся исторических традиций. Вот почему Швейцария внесла следующую поправку к статье 25 b): "Настоящее положение применяется без ущерба для положений

кантонального или общинного права, которые предусматривают или допускают проведение выборов в рамках ассамблей не на основе тайного голосования".

469. Поскольку статья 25 b) затрагивает лишь выборы и не касается других процедур волеизъявления избирателей (всенародное голосование), которые могут проводиться в этих кантонах прямым голосованием, нет необходимости распространять действие вышеупомянутой оговорки на такие процедуры.

2. Право доступа на общих условиях равенства к государственной службе

470. В отношении доступа к государственной службе в широком понимании Федеральный закон от 30 июня 1927 года о статусе федеральных служащих (СС 172.221.10, ниже СФС) гласит, что "федеральным служащим может быть любой гражданин Швейцарии, обладающий высокими нравственными качествами. Лицо, объявленное недееспособным или неспособным занимать государственный пост, не может получить соответствующее назначение до тех пор, пока действует принятая в его отношении мера. С согласия Федерального совета и в исключительных случаях статус федерального служащего может быть предоставлен лицу, не имеющему швейцарского гражданства" (статья 2 СФС).

471. Как правило, назначение федерального служащего производится на конкурсной основе (статья 3 СФС). Само назначение может быть обусловлено, в частности, возрастом, способностями, уровнем профессиональной подготовки и даже воинским званием в швейцарской армии; оно также может зависеть от результатов экзамена или стажировки (статья 4 СФС). В соответствии с пунктом 2 статьи 4 Конституции мужчины и женщины имеют равный доступ к государственной службе 298/. Напомним, что статус федерального служащего может повлечь за собой ограничения в отношении пользования некоторыми свободами, в частности свободой ассоциации (по этому вопросу см. выше материалы к статье 22 Пакта).

3. Политические права иностранцев в Швейцарии

472. Несмотря на то, что статья 25 гарантирует перечисленные в ней права только гражданам, в данном пункте доклада кратко рассматривается положение в отношении введения политических прав для иностранцев на местном уровне.

473. На сегодняшний день лишь кантоны Невшатель (на уровне общин) и Юра (на уровне общин и кантона) предоставляют иностранцам право голоса. Отметим, что в первом из этих кантонов инициатива о предоставлении постоянно проживающим в кантоне иностранцам права быть избранным на уровне общины, была отклонена в 1992 году. Попытки распространить политические права на иностранцев, постоянно проживающих в кантоне, предпринимались в девяти кантонах, насчитывающих более половины всего населения. Инициативы, которые уже привели к голосованию по этому вопросу, были отклонены.

474. Уникальной является ситуация в общине Лозанны, где консультативная палата по делам иммигрантов - внепарламентская комиссия в составе 42 членов - насчитывает 13 представителей иностранцев, избираемых на основе всеобщего избирательного права прямым голосованием проживающими в этой общине иностранцами. Консультативная комиссия общины по делам иностранцев - постоянно действующий орган палаты - включает на паритетных началах восемь представителей иностранцев и восемь советников общины под председательством одного из членов общинного исполнительного органа.

475. Кроме того, как на федеральном уровне (Федеральная комиссия по делам иностранцев), так и на уровне кантона (Женева, Юра, Невшатель) или общины (примерно в 20 общинах) иностранцы могут назначаться для участия в заседаниях представителей органов власти в качестве членов официальных комиссий, что позволяет им высказываться по вопросам социальной интеграции иностранцев.

476. При условии подачи предварительного уведомления иностранцы имеют право голосовать на территории Швейцарии в случае проведения их национальных выборов. Если в прошлом это право можно было осуществить только по почте, то отныне оно реализуется в дипломатических и консульских представительствах стран происхождения.

Статья 26

477. Принцип равного обращения является составным элементом понятия правового государства, который укоренился в системе правосудия. В этой связи равное обращение представляет собой основной принцип швейцарского правопорядка, изложенный в статье 4 Федеральной конституции, которая гласит:

Статья 4

"Все швейцарцы равны перед законом. В Швейцарии не существует ни различий, ни привилегий по признаку местожительства, рождения, личного статуса или сословного положения. Мужчины и женщины имеют равные права. Закон предусматривает равенство, в частности в области семейных отношений, образования и труда. Мужчины и женщины имеют право на получение равного вознаграждения за равный труд".

478. Регламентирование и применение принципа равенства в швейцарском праве было описано главным образом в главах, посвященных статьям 2 и 3 (в последней речь идет о равенстве между мужчинами и женщинами), а также в связи с каждым из прав, гарантируемых Пактом. Нижеследующие замечания призваны напомнить некоторые основные правовые нормы, изложенные ранее, со ссылкой на оговорку, сделанную Швейцарией в отношении статьи 26 Пакта, и указать на те проблемы, которые возникли на практике при осуществлении отдельными лицами права на равное обращение.

479. Изначально основная цель пункта 1 статьи 4 Конституции, как видно из его редакции, заключалась в осуществлении политического равенства граждан, достижении равенства всех кантонов и устранении привилегий, обусловленных местом жительства и рождения. Однако правовое равенство уже давно приобрело значение основного принципа, регулирующего швейцарский правовой порядок в целом. Оно применяется как в области законодательства (равенство по закону), так и в области правоприменения (равенство перед законом).

480. В качестве конституционного принципа равенство подразумевает в основном запрещение необоснованных различий, а также в определенной степени наличие у законодателя полномочий по сокращению социального неравенства и расширению возможностей развития личности. Таким образом, в соответствии с различными положениями Конституции на Конфедерацию возложена задача по расширению равенства возможностей. Это главным образом затрагивает такие области, как государственное образование и профессиональная подготовка (пункты 2 и 4 статьи 27-кватор и пункт 1 g) статьи 34-тер Конст.), социальное страхование (статья 34-бис, кватор, квинквие, новиес Конст.) или защита трудящихся (статья 34 и 34-тер Конст.). Так, несмотря на то, что в отличие от статей 2 и 26 Пакта в статье 4 Конституции не перечислены запрещенные признаки дискриминации, она тем не менее может повсеместно применяться ко всем случаям, связанным с необоснованными, а значит и дискриминационными различиями в обращении.

481. Одна из основных особенностей статьи 4 Конституции Швейцарии заключается в количестве и значимости конституционных прав и принципов, которые Федеральный суд вывел из этой статьи. Эти нормы судебной практики являются достаточно разнообразными (равное обращение; защита добросовестности; запрещение отказа в правосудии, необоснованной задержки при вынесении решения, чрезмерного формализма; право быть заслушанным и право на бесплатную юридическую помощь; принцип законности и пропорциональности; отсутствие у правовых норм обратной силы), ряд которых уже был рассмотрен выше в настоящем докладе, в частности в главе, посвященной статье 14 Пакта.

482. Отметим, наконец, что не только граждане Швейцарии, но также и иностранцы 299/ обладают правом на равенство. Действительно, равенство является правом, которое применяется повсеместно. Однако статус иностранца может стать объективной причиной различий в обращении в тех случаях, когда швейцарское гражданство имеет первоочередное значение для урегулирования возникающих вопросов. Это также касается, в частности, политических прав и обязанностей.

483. Согласно недавней практике Комитета по правам человека, закрепленной в его замечании общего порядка № 18 от 9 ноября 1989 года, статья 26 Пакта сама предусматривает отдельное право; ее применение не ограничивается правами, гарантируемыми Пактом, и она запрещает любую формальную и фактическую

дискриминацию во всех областях, где государственные органы осуществляют регулирование и защиту. В отличие от статьи 14 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, в которой принцип недискриминации не имеет независимого значения, статья 26 гарантирует принцип равенства как таковой. В этом смысле сфера ее применения соответствует сфере применения статьи 4 Федеральной конституции. Это приводит к возникновению некоторых осложнений. Действительно, статья 113 этой же Конституции предписывает Федеральному суду во всех случаях применять, помимо международных договоров, федеральные законы и федеральные постановления общего действия, принятые Федеральным собранием 300/. Другими словами, если тот или иной правовой акт предусматривает дискриминационное неравенство в обращении, Федеральный суд не может объявить о его несоответствии статье 4 Конституции, поскольку эта задача возложена на законодателя. Однако если в области гражданских и политических прав подобное неравенство практически полностью устранено 301/, то дело обстоит совершенно иначе в других областях права, где продолжают действовать дискриминационные положения федеральных законов главным образом в ущерб женщинам (это в основном касается законодательства в области социального страхования).

484. С учетом этой ситуации и с целью избежать создания различных уровней защиты в международных договорах о правах человека, имеющих сходные объекты, таких, как Пакт и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, швейцарские власти сделали оговорку к статье 26, согласно которой "равенство всех людей перед законом и их право на равную защиту закона без дискриминации гарантируется лишь в связи с другими правами, содержащимися в настоящем Пакте".

485. Несмотря на принятие в 1981 году пункта 2 статьи 4 Конституции о равенстве между мужчинами и женщинами и на достигнутые с тех пор как на законодательном уровне, так и на практике успехи, именно в этой области еще встречается фактическое неравенство, имеющее дискриминационные последствия. В зависимости от их связи с гражданскими и политическими правами эти проявления неравенства описаны в главе, посвященной статье 3 Пакта. Положение в области реализации социальных, экономических и культурных прав, а также усилия, предпринимаемые для его улучшения, будут рассмотрены в первоначальном докладе Швейцарии об осуществлении соответствующего Пакта 302/.

Статья 27

486. Швейцарию очень часто называют "страной меньшинств", и действительно в Швейцарии практически не встретишь граждан, которые бы в той или иной степени не относились как к большей, так и к меньшей части населения: так, например, валецанец из немецкой части говорит на языке, который на федеральном уровне является языком большинства, а на уровне кантона - языком меньшинства. Этот пример свидетельствует о существовании меньшинств не только на федеральном уровне, но также и на уровне кантонов и даже округов или общин.

487. Наличие в Швейцарии большого числа языковых и религиозных меньшинств объясняется исторически 303/. О Швейцарии можно было бы сказать, что ее самобытность составляют не столько национальные или культурные, сколько политические особенности 304/. В самом деле, федеральное единство в гораздо большей степени цементируется общими для всех политическими убеждениями и идеалами, такими, как федерализм, правовое государство или демократия, нежели языковым или культурным единством. Кроме того, федеральное государство состоит из образований - кантонов, которые существовали до его создания. Подобные наслоения административных, языковых и культурных границ весьма затрудняют преобладание какой-либо одной группы, даже если она представляет явное большинство, как в случае с немецкоговорящими швейцарцами. С другой стороны, швейцарский федерализм, содействуя лучшему пониманию и взаимному уважению отдельных лиц в системе федеративного государства при уважении территориальной целостности и национального единства, своеобразно и весомо способствует защите прав меньшинств 305/.

Этнические меньшинства

488. В Швейцарии не существует этнических меньшинств в строгом смысле слова. Единственной группой, которой в этом плане может касаться статья 27 Пакта, являются номады или "кочевники". Не существует точных данных в отношении кочующего населения, проживающего в Швейцарии. Согласно оценкам, оно составляет приблизительно 25 000 человек, из которых лишь 4000-5000 человек не ведут оседлый образ жизни 306/. Большая часть номадов Швейцарии считает, что она происходит от "jennische". В петиции, адресованной Федеральному совету 23 ноября 1993 года, номады требуют официального признания своего народа, оборудования специальных мест для их временного проживания и заключения межкантонального соглашения, которое позволит им осуществлять свою деятельность вне рамок кантональных границ (в самом деле, лицензии на передвижную торговлю действительны лишь на территории кантона выдачи).

489. Хотя, как и в других странах Европы, номады, проживающие в Швейцарии, были жертвами притеснений и даже преследований 307/, следует отметить, что за последние годы их отношения с властями улучшились и характеризуются большим взаимопониманием и более тесным сотрудничеством. Один из недавних поворотных моментов этой эволюции относится к 1972 году, когда была распущена ассоциация взаимопомощи "Странствующие дети", созданная в 1926 году фондом "Про Ювентуте" в целях защиты детей кочевников. Именно злоупотребления, совершенные во имя защиты детей (принудительное расселение детей, разлучение 619 детей с их семьями 308/), стали причиной роспуска этой ассоциации взаимопомощи. Кроме того, фонд "Про Ювентуте" принес официальные извинения общине номадов и возместил ущерб пострадавшим. В общей сложности сумма порядка 11 млн. франков была выплачена приблизительно 1 900 пострадавшими.

490. Номады, проживающие в стране, имеют обычно швейцарское гражданство и пользуются без дискриминации всеми правами, гарантированными Конституцией, законом и соответствующими международными договорами. В частности, они имеют право на свою собственную культурную жизнь и на свой язык. Однако бесспорно, что осуществление некоторых прав, особенно социального, экономического и культурного характера, связано для них с большими трудностями в силу того, что их образ жизни не приспособлен к государственной инфраструктуре (школы; кантональные нормы в области труда; социальное страхование; обустроенные территории; доступ к государственным инфраструктурам общин и т.д.). В своем докладе за 1983 год, озаглавленном "Номады в Швейцарии" (прилагается), Исследовательская комиссия, назначенная Федеральным департаментом юстиции и полиции, анализирует ситуацию в данном вопросе, который в значительной мере относится к компетенции общин, а также возникающие в этой связи проблемы, и выдвигает предложения с целью улучшения положения.

Языковые меньшинства

491. Швейцария насчитывает четыре государственных языка: немецкий, на котором говорят 63,6% населения, французский (19,2%), итальянский (7,6%) и ретороманский (0,6%). Первые три языка являются официальными языками страны. Около 8,9% населения говорят на иных родных языках. Признание трех официальных языков предоставляет каждому человеку, включая представителей различных языковых меньшинств, право использовать свой собственный язык в отношениях с федеральными властями. Все федеральные законы публикуются на трех официальных языках; прения в федеральном парламенте также могут проходить на этих трех языках, хотя на практике синхронный перевод парламентских дебатов обеспечивается главным образом лишь на немецкий и французский языки, поскольку используются лишь эти два языка. Кроме того, следует отметить, что, несмотря на отсутствие у ретороманского языка статуса официального языка, на него переводятся важнейшие решения и документы такие, как, например, Всеобщая декларация прав человека 309/.

492. В 17 из 26 кантонов и полукантонов говорят на немецком языке, в 4 - на французском и в одном кантоне - на итальянском языке (с небольшим немецкоговорящим меньшинством), а 4 кантона (Берн, Фрибург, Вале, Граубюнден) насчитывают на своей территории одно (два в случае кантона Граубюнден) национальное языковое меньшинство. Хотя обычно границы кантонов соответствуют лингвистическим границам, это правило не является абсолютным. Тем не менее территорию Швейцарии можно достаточно просто разделить на четыре устойчивых и строго разграниченных лингвистических района. В многоязычных кантонах были найдены различные решения с целью обеспечить сосуществование и равенство в правах между языковыми общинами. В большинстве кантонов использовался метод децентрализации компетенций в области образования и культурной политики на уровне округов или общин; так, например, общины обеспечивают начальное образование, однородное с точки зрения языка, в то

время как кантон организует деятельность учебных заведений средней и даже высшей (в случае кантона Фрибург) ступени, в которых обучение ведется на двух языках. Аналогичным образом осуществляется деятельность судебных органов, которая децентрализована на уровне округов, причем кантональные суды выносят решения на том языке, на котором велось судебное разбирательство в первой инстанции 310/. Что касается Федерального суда, то при обжаловании судебных решений по гражданским и административным делам он использует язык кантона, в котором рассматривалось данное дело, а при обжаловании приговоров по уголовным делам - язык обвиняемого при условии, что он является одним из официальных языков.

493. Как свобода выбора языка, так и принцип территориальности языков, утвердившиеся в практике Федерального суда 311/, вызывают оживленные научные споры в отношении их содержания, сферы применения, а также целесообразности использования в качестве отличительных конституционных принципов 312/. Эта критика чаще всего связана с судебными решениями, в которых свобода выбора языка увязывается с принципом территориальности, что ставит в неблагоприятное положение языковые меньшинства 313/. Существуют, однако, другие постановления, которые являются более благоприятными для этих меньшинств: Федеральный суд, например, рассматривает как крайний случай отсутствие двуязычия судебного разбирательства, если какое-либо языковое меньшинство достигает четверти населения соответствующей территориальной единицы, указывая при этом, что в подобной ситуации обучение на одном языке в государственных школах было бы неприемлемым 314/.

494. Можно отметить, несмотря на спорный характер такого вывода, что принцип территориальности языков вытекает из статьи 116 Федеральной конституции, согласно которой в Швейцарии существует четыре государственных языка. Это положение закрепляет фактическую ситуацию разделения Швейцарии на четыре лингвистические зоны, различные по своему значению. Принцип территориальности призван гарантировать языковой плюрализм Швейцарии и однородность четырех лингвистических районов при обеспечении защиты языков в традиционных ареалах их распространения. Он также позволяет Конфедерации принимать необходимые меры в защиту языков меньшинств или языков, находящихся под угрозой исчезновения. Федеральный закон о выделении субсидий кантонам Граубюнден и Тичино с целью сохранения их культуры и языка служит примером таких мер 315/.

495. Не претендуя на решение сложных проблем, связанных с теоретическим анализом понятия свободы выбора языка в швейцарском праве, в рамках настоящего доклада можно попытаться выделить две различные природы этой свободы.

496. Свобода выбора языка осуществляется в первую очередь на уровне отношений между людьми. Она защищает отдельных лиц от вмешательства властей в их межличностные отношения. Таким образом, эта свобода является подлинным правом человека и, как и другие основные права, гарантирует конкретное право (в данном случае - говорить на

языке по своему выбору), которое, разумеется, может быть ограничено, когда речь идет о регламентировании сферы общественных отношений между людьми, но лишь при наличии определенной совокупности условий, а именно существования правовой основы, преобладающего общественного интереса и соблюдения пропорциональности принимаемой меры. В этом смысле свобода языка принадлежит любому человеку, независимо от того, на каком языке он говорит.

497. В плане отношений отдельного лица с государством не существует основного и индивидуального права на использование языка по своему выбору в ходе контактов с государственными структурами (за исключением судопроизводства, см. статьи 5 и 6 ЕКПЧ, а также статьи 9 и 14 Пакта и главы настоящего доклада, посвященные этому вопросу). Установление официального языка на уровне кантона и даже общины не является, таким образом, ограничением изначально неограниченной свободы 316/. Тем не менее органы кантона или общины признают за относительно крупными национальными языковыми меньшинствами право на контакты с государственными органами или на получение государственного образования на их родном языке. Как уже отмечалось, Федеральный суд рассматривает это право как минимальное индивидуальное право, которое обусловлено принадлежностью к тому или иному меньшинству, и указывает государству определенный образ действий 317/ (например, введение двуязычия в системе образования или в судопроизводстве). Само собой разумеется, что усилия, которые должны предпринимать соответствующие государственные органы, должны разумно соответствовать поставленным целям: невозможно требовать от небольшой общины организовать обучение на языке меньшинства, но она обязана обеспечить транспортом тех детей, которые обучаются в школе соседней общины 318/.

498. Вопросы представительства языковых меньшинств на уровне федеральных политических органов освещаются в описании федеральной системы, которое содержится в базовом документе, составляющем первую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29), а также в докладе профессора Женевского университета Ж. Малинверни, представленном Европейской комиссии по вопросу развития демократии посредством права (документ CDL (91) 21 от 8 октября 1991 года, прилагается).

Религиозные меньшинства

499. Религиозные верования представлены в следующем порядке: в стране насчитывается 44,3% протестантов, 47,6% последователей римско-католической церкви, 0,3% старокатоликов, 0,9% мусульман, 0,6% православных, 0,3% иудаистов и 3,8% лиц, не относящих себя к какому-либо вероисповеданию. Существуют также другие весьма немногочисленные группы (мормоны, сайентологи и т.д.), статистические данные о которых в разбивке по отдельным направлениям отсутствуют, но которые в совокупности составляют около 0,3% населения страны.

500. Отношения между католиками и реформатами долгое время являлись основным камнем преткновения для Швейцарии в вопросе о меньшинствах. Наиболее яркий пример - гражданская война "Зондербунд" 1847 года, - религиозный конфликт, приведший по сути дела к распаду старого союза кантонов 319/. В наши дни межконфессиональные отношения более не порождают таких проблем, однако некоторые кантоны должны считаться с наличием в них влиятельных религиозных меньшинств. Представители этих меньшинств, независимо от их численности, в полной мере пользуются конституционной свободой совести и вероисповедания (статьи 49 и 50 Конституции и пункт 3 статьи 27 Конституции), о которой шла речь выше в главе, посвященной статье 18 Пакта, и могут, за исключением общей оговорки о необходимости охраны общественного порядка, свободно исповедовать свою религию.

Примечания

1/ Первоначальный доклад Швейцарии об осуществлении Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах будет содержать более подробную информацию по этому вопросу.

2/ См. в приложении ответ правительства Швейцарии Генеральному директору МОТ на вопрос о мерах по борьбе против апартеида, от 10 ноября 1992 года.

3/ ATF 93 1 1.

4/ Это законодательство рассматривается ниже в материалах к статье 12 Пакта.

5/ Постановление второй палаты по вопросам публичного права Федерального суда от 24 февраля 1984 года. Опубликовано в ZVI, 1984 год, стр. 457 и след. ATF 116 1a 238 и 119 1a 35.

6/ ATF 108 1a 148.

7/ См., в качестве примера, Федеральный закон о статусе государственных служащих от 30 июня 1927 года, RS 172.221.10 (прилагается). См. также ниже, материалы к статье 25 Пакта.

8/ См., в качестве примера, Федеральный закон об ответственности Конфедерации, сотрудников ее органов и ее должностных лиц от 14 марта 1958 года, CC 170.32 (прилагается).

9/ ATF 107 1b 164.

10/ ATF 108 1a 169.

11/ ATF 108 1a 290.

12/ В соответствии с указом о военной службе женщин от 3 июля 1985 года (RS 513.71) женщины имеют возможность служить в армии на добровольной основе. Условия прохождения такой службы отличаются от условий, которые применяются к мужчинам. В 1970 году военную подготовку прошла 101 женщина, в 1980 году их число увеличилось до 326 человек, а в период с 1990 по 1992 год их насчитывалось соответственно 95, 63 и 64 человека.

13/ О новом законодательстве о браке см. также ниже в материалах к статье 23 Пакта.

14/ О реформе законодательства о гражданстве см. также ниже в материалах к статье 23 Пакта.

15/ ATF 106 Ib 190; 190 Ib 88.

16/ ATF 117 Ia 262; 117 Ia 270, ZBI 90/1989, стр. 203 и ZBI 84/1983, стр. 277.

17/ Данные из еженедельника "Domaine Public", № 1121 от 25 марта 1993 года. Следует подчеркнуть, что приводимые данные ввиду их обобщенного характера не могут дать ясную картину различий в заработной плате между мужчинами и женщинами и не позволяют сделать вывод о наличии дискриминации. Лишь статистические данные в разбивке по сопоставимым группам населения (квалификация, продолжительность работы, профессиональный опыт, возраст, отрасль экономики, сфера трудовой деятельности) могли бы быть по-настоящему убедительными. Однако исследование, включающее максимальное число таких показателей, существует на сегодняшний день лишь для кантона Женева. См. Krummenacher, I: "Lohnunterschiede zwischen Frauen und Männern, Auswertungen von Daten aus dem Kanton Genf" в Volkswirtschaft 4/93, p. 38 ss (прилагается). См. также ниже, в 2. Практические меры и статистические данные.

18/ Согласно опросу, проведенному в кантоне Женева, 59% опрошенных женщин признают, что в течение последних двух лет они сталкивались с этой проблемой. Этот процент гораздо выше в случае женщин, чей профессиональный статус является неустойчивым (низкий уровень образования, низкая заработная плата, женщины-иностранки с ограниченным или сезонным разрешением на пребывание в стране, работницы, не имеющие официального разрешения на работу).

19/ Большая часть данных, приводимых ниже, представлена в послании Федерального совета относительно Федерального закона о равенстве мужчин и женщин от 24 февраля 1993 года (прилагается). См. также исследование Федерального управления по вопросам промышленности, ремесел и труда по вопросам заработной платы и жалования, выплаченных в октябре 1991 года, а также исследование "Vers l'égalité? Aperçu statistique de la situation des femmes et des hommes en Suisse". Федеральное статистическое управление, Берн, 1993 год, (прилагается).

20/ Обследование, проведенное в октябре 1990 года в области заработной платы и жалования в "Vie économique" 9/91, p. 32 ss.

21/ Исследование "Schweizer Kaderngehälter 1992", см. "Schweizer Handels Zeitung", 3 septembre 1992, № 36.

22/ ATF 60 I 121.

23/ См. базовый документ, составляющий общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29).

24/ По этому вопросу см. базовый документ, составляющий общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29).

25/ Содержание этого закона изложено в базовом документе, составляющем общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29).

26/ ATF 99 1a 280.

27/ Например, ATF 102 1a 279; 104 1a 480; 106 1a 277.

28/ См. последнее постановление, указанное в предыдущем примечании.

29/ Доклад от 7 февраля 1992 года (документ CPT/Inf. (93) 3), а также позиция швейцарского правительства в отношении этого доклада от 14 декабря 1992 года (документ CPT/Inf. (93) 4), приводятся в приложении.

30/ Доклад CPT, p. 62, № 144.

31/ Ibid., p. 65, № 157.

32/ См. позицию швейцарского правительства от 14 декабря 1992 года, прилагается.

33/ ATF 108 1b 408.

34/ Послание Федерального совета от 30 октября 1985 года относительно Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, *Feuille fédérale* (FF) 1985 III, p. 273.

35/ Понятие "пытка", используемое ниже, включает также жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания.

36/ ATF 109 1a 273.

37/ См. документ CAT/C/5/Add.17, pp. 5 и 6, No 26ss.

38/ См. в частности: Решение Европейской комиссии по правам человека от 12 июля 1978 года по делу *Bonzi*, в DR 12, p. 185ss; Доклад Европейской комиссии по правам человека от 16 декабря 1982 года по делу *Kröcher/Möller*, в DR 34, p. 24ss.

39/ ATF 108 1b 408 и 109 1b 64.

40/ Подробное описание законодательства и практики Швейцарии по вопросу о предоставлении убежища, см. в двух докладах Швейцарии Комитету против пыток (CAT/C/5/Add.17 и CAT/C/17/Add.12).

41/ ATF 114 1a 350. В данном постановлении Федеральный суд допускает некоторые ограничения этого принципа при условии, что они имеют достаточную правовую основу и не выходят за рамки, устанавливаемые общественным интересом. Так, например, парламент может дать разрешение на медицинское вмешательство и освидетельствование против воли пациента в чрезвычайных случаях или когда этого требуют конкретные общественные интересы (борьба с эпидемиями, потребности особых гражданских или уголовных процедур).

42/ Федеральный суд постановил, что в повседневной правовой практике при толковании и конкретизации понятия свободы личности следует основываться на принципах, изложенных в рекомендациях Совета Европы в отношении обращения с задержанными лицами, и что не следует нарушать их без особых на то оснований. См., например, ATF 111 1a 341.

43/ ATF 118 1a 341.

44/ ATF 97 1 51.

45/ Постановление Федерального суда от 10 октября 1986 года, в ZBl 88/1987, р. 306.

46/ Содержание этого указа, а также законодательство, относящееся к статусу иностранцев, изложены ниже в материалах к статье 12 Пакта.

47/ Копия контракта подобного образца содержится в приложениях к настоящему докладу.

48/ Контракт подобного образца предусмотрен с целью обеспечить, чтобы иностранные артисты/артистки не стремились попасть в Швейцарию в надежде на получение заманчивой зарплаты, от которой им останутся крохи после оплаты расходов на жилье, питание и т.д., что может привести к ситуации, которая вынудит их заняться проституцией.

49/ Например, ATF 89 1 98.

50/ ATF 90 1 36.

51/ ATF 65 1 268.

52/ ATF 108 1a 67; 105 1a 29.

53/ FF 1977 1 1138ss. Дело Eggs с. Suisse, Доклад Европейской комиссии по правам человека от 4 марта 1978 года, DR 15, p. 35.

54/ ATF 98 1a 424.

55/ ATF 107 1a 140. Аналогичным образом дело обстоит в случае, когда отдельное лицо доставляется в отделение полиции для установления личности или проведения личного обыска.

56/ ATF 113 1a 178.

57/ RS 351.1.

58/ ATF 106 1a 33.

59/ Постановление кантонального суда кантона Во в JdT 1987 III 115.

60/ "Prise de position du Conseil fédéral suisse relative au rapport du CPT, établi suite à sa visite effectuée en Suisse du 21 au 29 juillet 1991" (прилагается, p. 10).

61/ Либо в течение 24-48 часов после задержания.

62/ Например, статья 115 УПК кантона Берн, статья 63 УПК кантона Цюрих и статья 128 УПК кантона Во.

63/ "Prise de position du Conseil fédéral suisse relative au rapport du CPT, établi suite à sa visite effectuée en Suisse du 21 au 29 juillet 1991" (прилагается, p. 10 и 11, № 40).

64/ ATF 102 1a 304.

65/ ATF 105 1a 30.

66/ ATF 117 1a 70, 108 1a 67, Haefliger, A.: "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz", Berne, Stämpfli, 1993, p. 90.

67/ ATF 117 1a 70.

68/ 105 1a 187.

69/ RSDIE 1982 год, p. 170.

70/ Под этим следует понимать "магистрата, уполномоченного законом осуществлять судебные функции" по смыслу пункта 3 статьи 5 ЕКПЧ, т.е. беспристрастного и независимого магистрата, выносящего решения в соответствии с установленной процедурой судопроизводства. Haefliger, A.: op. cit., p. 93. RSDIE 1990, p. 199; 1989, p. 273. Таким образом, допроса, проведенного сотрудником полиции, недостаточно: ATF 102 1a 385.

71/ Постановление Федерального суда от 30 января 1990 года, RSDIE, 1990, p. 197.

72/ ATF 107 1a 256.

73/ Дело Bonnechaux с. Suisse, доклад Европейской комиссии по правам человека от 5 декабря 1979 года, DR 18, p. 100; Дело Schertenleib, доклад от 11 декабря 1980 года, DR 23, p. 137.

74/ Европейский суд по правам человека, дело W с. Suisse, постановление от 26 января 1993 года, Serie A 254. Это содержание под стражей было мотивировано законными опасениями, связанными с возможностью заключения соглашения в ущерб третьему лицу и бегством обвиняемого.

75/ ATF 107 1a 256; 116 1a 147.

76/ Берн (статья 128); Люцерн (статья 81); Ури (статья 117); Швиц (статья 28); Обвальден (статьи 62 и 70); Нидвальден (статья 163ss); Гларус (статья 57); Цуг (статья 80); Фрибург (статья 29); Золотурн (статья 206); Базель-Штадт (статья 73 и след.); Шафхаузен (статьи 159 и 161); Аппенцель-Аусерроден (статья 108); Аппенцель-Иннерроден (статья 58); Граубюнден (статья 138); Ааргау (статья 76); Тичино (статья 226 и след.); Во (статья 295); Вале (статьи 72 и 166ss); Невшатель (статья 233); Женева (статья 156ss); Юра (статья 129). См. также статью 52 PPF.

77/ ATF 105 1a 41.

78/ Такое судебное заседание, однако, не может быть открытым: ATF 114 1a 182.

79/ В качестве примера кантонального законодательства в области лишения свободы с целью оказания помощи см. Weber, P.C.: "La loi genevoise sur le régime des personnes atteintes d'affections mentales et sur la surveillance des établissements psychiatriques, du 7 décembre 1979".

80/ Европейский суд по правам человека, дело Sanchez-Reisse с. Suisse, постановление от 21 октября 1986 года, Série A 107. ATF 114 1a 88; 117 1a 375. Haefliger, A. op. cit., p. 109.

81/ ATF 105 1a 131.

82/ ATF 110 1a 142. См., например, статью 67 УПК кантона Во.

83/ ATF 113 1a 182. Однако в данном деле было предоставлено возмещение за моральный ущерб.

84/ Например, умалчивая об алиби, на основании которого он был бы немедленно освобожден из-под стражи. О понятии виновного поведения, лишаящего права на возмещение ущерба, см. ATF 112 1b 446.

85/ Другие основания для лишения свободы, изложенные выше в материалах к статье 9 Пакта (предварительное заключение или интернирование иностранцев), не рассматриваются здесь подробным образом. Они, однако, вписываются в общий режим, о котором идет речь в настоящей главе.

86/ См. выше, в материалах к статье 8 Пакта.

87/ О режиме лишения свободы несовершеннолетних см. ниже.

88/ Данные о штате сотрудников охватывают весь персонал, а не только тех сотрудников, на которых возложена ответственность по надзору за лицами, содержащимися под стражей.

89/ Право на еженедельное посещение продолжительностью 20 минут является недостаточным: ATF 106 1a 136.

90/ ATF 105 1a 26.

91/ См., например, ATF 106 1a 277; 116 1a 421; 118 1a 64. В этих постановлениях Федеральный суд рассматривает конституционность отдельных пунктов регламента пенитенциарных учреждений, регулирующих пользование в камере своими личными вещами, получение передач, прогулки и занятия физической деятельностью, переписку, а также наличие в камере радиоприемников и т.д.

92/ См., в частности: Минимальные стандартные правила обращения с заключенными (1957 год); Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме (1988 год); Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций, касающиеся отправления правосудия в отношении несовершеннолетних (1985 год); Правила Организации Объединенных Наций, касающиеся защиты несовершеннолетних, лишенных свободы (1990 год); Кодекс поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка (1979 год); Рекомендация Совета Европы (87) 3 "Европейские пенитенциарные правила", и т.д.

93/ ATF 118 1a 64.

94/ См. в приложении документ, озаглавленный "Jugements pénaux des mineurs 1993", подготовленный Федеральным статистическим управлением, который содержит подробные статистические данные о вынесенных приговорах и наказаниях.

95/ См. Stettler, M.: "Droit civil I, Représentation et protection de l'adulte", 3ème éd., Ed. Universitaires, Fribourg 1993, p. 211.

96/ ATF 112 II 486.

97/ Следует, однако, отметить, что лишь небольшое число (оцениваемое приблизительно в 2%) пациентов психиатрических клиник являются недобровольными пациентами. См. Finzen, A.: "Fürsorgerischer Freiheitsentzug und Zwangsmedikation", in "La législation sociopsychiatrique. Un bilan", M. Borghi éd., Institut du Fédéralisme de l'Université de Fribourg, 1992, p. 152.

98/ См. выше в материалах к статье 7 Пакта.

99/ M. Borghi: "Les limites posées par l'Etat de droit au traitement forcé psychiatrique" в: "Revue du droit de tutelle", 1991, p. 85.

100/ ATF 99 IV 211.

101/ M. Borghi: op. cit., pp. 89 и 90.

102/ Принудительное введение лекарственных средств возможно лишь в случае крайней необходимости, когда это вызвано серьезностью ситуации и в течение непродолжительного отрезка времени. Лечение или терапия, проводимые таким образом в течение более длительного периода, вступили бы в противоречие с положениями Конституции (Постановление Федерального суда от 7 октября 1992 года, не опубликовано).

103/ ATF 90 II 9.

104/ ATF 114 1a 362/363.

105/ Например, P. Tercier: "Le nouveau droit de la personnalité" Schulthess, Zurich, 1984, p. 90.

106/ M. Borghi: op. cit., 94.

107/ ATF 106 1a 136.

108/ ATF 116 IV 386.

109/ ATF 108 1a 249.

110/ Указ Федерального совета от 22 декабря 1980 года о выдаче свидетельств о происхождении (RS 143.12).

111/ ATF 110 1a 69. Законодательство о налоге за освобождение от военной службы предусматривает исключения с целью обеспечения уплаты налога.

112/ В подобном случае орган власти должен решить не является ли высылка из Швейцарии нарушением принципа недопущения принудительного возвращения или статьи 3 ЕКПЧ.

113/ ATF 106 1a 28.

114/ ATF 106 1a 28; 103 1a 457.

115/ ATF 114 1b 1. Zünd. A.: "Der Dualismus von strafrechtlicher Landesverweisung und fremdenpolizeilichen Massnahmen", in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, vol. 129, 1993, p. 73ss.

116/ Независимо от возможного постановления о высылке по уголовным мотивам, см. выше, пункт 212 и предыдущее примечание.

117/ О статье 8 ЕКПЧ см. ниже, в материалах к статье 17 Пакта и в указанном справочном материале.

118/ ATF 117 1a 528, 115 1a 68.

119/ Европейский суд по правам человека; дело Bentham, постановление от 23 октября 1985 года, Série A 97; дело Le Compte et autres, постановление от 23 июня 1983 года, Série A 43.

120/ Это, например, не относится к экзаменам в университеты. См. Европейский суд по правам человека; дело Van Marle et autres, постановление от 26 июня 1986 года, Série A 101.

121/ В этой области Федеральный суд особенно широко использует европейскую судебную практику. См. ATF 111 1b 231; 112 1b 178; 116 1b 162 и принятое совсем недавно - 119 1a 88 (постановление от 24 февраля 1993 года).

122/ ATF 109 1a 217.

123/ ATF 115 V 254 и принятое совсем недавно Европейским судом по правам человека: дело Schuler-Zraggen с. Швейцарии, постановление от 24 июня 1993 года, Série A 263.

124/ См., в частности, Европейский суд по правам человека: дело Deweer; постановление от 27 февраля 1980 года, Série A 35; дело Oztürk, постановление от 21 февраля 1984 года, Série A 73.

125/ ATF 115 1a 406.

126/ ATF 115 1a 406.

127/ ATF 115 1a 187.

128/ См. Kölz, A.: "Article 58", в Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, vol. 3.

129/ ATF 39 I 84. Суд, специально назначенный парламентом кантона для рассмотрения дела в составе пяти судей без заместителей, поступает произвольно в том случае, если четыре судьи решают вопрос об отводе пятого судьи (постановление Федерального суда от 6 июля 1988 года, в RSDI, 1988 год, p. 220ss).

130/ ATF 105 1a 178.

131/ См. Базовый документ, составляющий общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29). ATF 117 1a 381.

132/ ATF 112 1a 290. Это последнее решение, неоднократно подтверждавшееся впоследствии, было вынесено на основании постановления Европейского суда по правам человека в деле De Cubber с. Belgique (от 26 октября 1984 года, Série A 53). Принцип личной унии, однако, действует также в уголовном судопроизводстве по делам несовершеннолетних, см. ниже, в материалах к пункту 4 статьи 14 Пакта.

133/ ATF 112 1a 290; 108 1a 51; 115 1a 172. Это последнее постановление касается судьи, поместившего в печати статью о деле, переданном на рассмотрение Кассационного суда, членом которого он являлся.

134/ Замена присяги на торжественное обещание вытекает из запрещения обязательного приведения к присяге в соответствии со свободой религиозных взглядов (см. также ниже, в материалах к статье 18 Пакта).

135/ Дружеские отношения между судьей и лицом, составившим правовое заключение для одной из сторон процесса, не является основанием для факультативного отвода (ATF 116 1a 141).

136/ В соответствии с судебной практикой органов Европейской конвенции о правах человека об этой видимости судят по объективным критериям. Для более подробного рассмотрения судебной практики, касающейся видимости пристрастности, см. Poledna, T.: "Praxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention aus schweizerischer Sicht", Schulthess, Zürich, 1993, p. 90ss.

137/ Европейский суд по правам человека; дело Sutter c. Suisse, постановление от 24 февраля 1984 года, Série A 75.

138/ ATF 115 V 245.

139/ ATF 118 1a 473ss.

140/ В своем постановлении Sutter c. Suisse Суд также решил, что практика Швейцарии соответствует принципу публичности провозглашения приговора в той степени, в которой он гарантируется статьей 6 ЕКПЧ. См. Европейский суд по правам человека; дело Sutter c. Suisse, постановление от 22 февраля 1984 года, Série A 74.

141/ В упомянутом постановлении по делу Sutter.

142/ В соответствии с федеральной судебной практикой.

143/ См. статью, опубликованную в "Nouveau Quotidien" от 6 апреля 1993 года и озаглавленную "La justice zurichoise ne pourra plus protéger ses nobables". Эта газета сообщает о том, что кантональный департамент юстиции принял меры после того, как один судья отказался сообщить печати судебное решение о назначении минимального наказания в отношении одного именитого гражданина (управление автотранспортным средством в состоянии опьянения) на том основании, что это означало бы наказать его дважды.

144/ Принцип презумпции невиновности четко сформулирован в некоторых кантональных конституциях, см., например, статью 8 Конституции кантона Цуг и статью 4 Конституции кантона Женева. Поскольку суды выводят этот принцип из положений Федеральной конституции, кантональные нормы перестают играть самостоятельную роль.

145/ Решение Европейской комиссии по правам человека по жалобе Petra Krause c. Suisse, DR 13, p. 73ss.

146/ ATF 116 IV 31; 116 1a 14.

147/ Постановление Федерального суда от 7 февраля 1985 года, не опубликовано, цитируется в Piquerez G.: "Précis de procédure pénale suisse", Payot (CJR), Lausanne, 1987, p. 181.

148/ Европейский суд по правам человека; дело Minelli, постановление от 25 марта 1983 года, Série A 65: Дело было прекращено в связи с истечением срока давности привлечения к уголовной ответственности, однако суд постановил возложить на заявителя уплату судебных издержек в размере двух третей, мотивируя свое решение тем, что если бы срок давности не истек, он, по всей вероятности, был бы осужден.

149/ ATF 115 1a 309. См. также 114 1a 301 и 112 1b 455.

150/ ATF 116 1a 162.

151/ ATF 109 1a 167.

152/ См. Haefliger A.: "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz", Stämpfli, Berne, 1993, p. 176.

153/ Постановление Федерального суда от 12 июня 1979 года, в RSDIE, 1980, p. 261. В этом постановлении Федеральный суд указывает на то, что право, согласно которому все используемые документы переводятся бесплатно, действует лишь в отношении подсудимого, не имеющего средств для оплаты перевода.

154/ Постановление Федерального суда от 13 сентября 1988 года, в RSDIE, 1990, p. 250.

155/ ATF 118 1a 462.

156/ Постановление Федерального суда от 12 июня 1979 года, в RSDIE, 1980, p. 261.

157/ ATF 111 1a 341. В постановлении от 20 ноября 1986 года Федеральный суд указал, что в том случае, если адвокат подсудимого подозревается в оказании ему помощи в организации предыдущего побега, то это оправдывает введение ограничений на свободу их контактов. Опасность сговора также может служить причиной подобных ограничений.

158/ ATF 106 1a 226.

159/ ATF 103 1a 293.

160/ Haefliger A.: "Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz", Stämpfli, Berne, 1993, p. 179 и указанные ссылки на правовую практику Европейской комиссии по правам человека.

161/ Постановления Федерального суда от 14 ноября и 14 декабря 1990 года, в RSDIE, 1991, p. 432ss.

162/ Европейский суд по правам человека; дело König, постановление от 28 июня 1978 года, Série A 27; дело Eckle, постановление от 15 июля 1982 года, Série A 51.

163/ Постановление Кассационного суда кантона Цюрих от 17 декабря 1990 года, в: SJZ 1991 год, стр. 115, и постановление Федерального суда от 29 марта 1990 года, в: RSDIE, 1991 год, стр. 421. По мнению Европейской комиссии по правам человека, уголовное судопроизводство по делу об экономическом преступлении, длящееся более 12 лет, не нарушает положений ЕКПЧ, поскольку его продолжительность вызвана не бездействием судебных органов, а сложным характером преступных деяний и тем фактом, что заявитель использовал многочисленные средства правовой защиты (решение от 4 декабря 1991 года о приемлемости жалобы Oezenc c. Suisse).

164/ Постановление Федерального суда от 21 марта 1984 года, в RSDIE, 1985, р. 271.

165/ Европейский суд по правам человека; дело Imbrioscia c. Suisse, постановление от 24 ноября 1993 года, Série A 275.

166/ Европейский суд по правам человека; дело Quaranta c. Suisse, постановление от 24 мая 1991 года, Série A 205.

167/ ATF 102 1a 27.

168/ ATF 106 IV 88.

169/ ATF 71 I 1.

170/ Piquerez G.: "Précis de procédure pénale suisse", 2ème éd. revue et augmentée, Payot (CJR), Lausanne, 1994, p. 420ss.

171/ JdT 1982 III 121. Piquerez, op. cit., loc. cit., критикует эту судебную практику.

172/ ATF 106 1b 400.

173/ Если такая процедура проводилась только один раз, то она считается достаточной лишь при условии, что в ходе нее присутствовал адвокат обвиняемого (ATF 116 1a 289).

174/ ATF 113 1a 422.

175/ ATF 106 1a 161.

176/ ATF 103 1a 490.

177/ Европейский суд по правам человека; дело см. Lüdi c. Suisse, постановление от 15 июня 1992 года, Série A 238.

178/ Постановление Федерального суда от 7 августа 1992 года (ATF 118 1a 327). Этот принцип действует также в отношении допроса лиц, заявляющих о правонарушении: ATF 118 1a 457.

179/ ATF 118 1a 462.

180/ ATF 115 1a 65, 118 1a 462.

181/ ATF 106 IV 372.

182/ ATF 86 IV 184, 103 IV 8.

183/ По вопросу исполнения уголовных наказаний применительно к несовершеннолетним см. выше, в материалах к статье 10 Пакта.

184/ См., например, Hotelier, M. "Le droit des mineurs d'être jugés par un tribunal impartial au sens de l'article 6§1 CEDH" in "La Semaine judiciaire", 1989, p. 133ss.

185/ Постановление Кассационного суда кантона Женева от 29 апреля 1988 года.

186/ Европейский суд по правам человека, дело Nortier c. Pays-Bas, постановление от 24 августа 1993 года, Série A 267.

187/ См. Novak, M. "CCPR Commentary", Engel, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1993, p. 268.

188/ Лишь два кантона (Цуг и Аппенцель-Иннерроден) ограничивают это право возмещением исключительно материального ущерба, понесенного вследствие лишения свободы.

189/ ATF 84 IV 46. Piquerez G. "Précis de procédure pénale suisse", Payot (CJR), Lausanne, 1987, p. 483.

190/ ATF 80 IV 11.

191/ Piquerez G. "Précis de procédure pénale suisse", Payot (CJR), Lausanne, 1987, p. 472 et 473.

192/ ATF 112 II 79. Речь шла, в частности, о возможности привлечения к судебной ответственности автомобилиста за нанесение телесных повреждений по небрежности, против которого компетентный административный орган уже применял санкции за нарушение правил дорожного движения.

193/ Статья 335 Федерального уголовного кодекса сохраняет за кантонами право принимать нормативные акты в отношении мелких правонарушений, которые не рассматриваются в федеральном законодательстве, а также нарушений кантональных правил в области управления, процедурных вопросов или налоговой политики.

194/ Таким образом, было решено, например, что привлечение к ответственности за незаконное использование кредитной карточки, не являющееся конкретно наказуемым, может иметь место лишь по решению законодательной власти, а не на основании толкования судей тех или иных положений Уголовного кодекса (см. ATF 112 IV 82).

195/ ATF 109 1a 273, в особенности 279.

196/ В области осуществления гражданских прав, следует, однако, выделить случаи добровольного отказа от прав по смыслу статьи 372 Гражданского кодекса при наличии необходимых для этого условий (старческая немощность, инвалидность или неопытность).

197/ ATF 102 1a 516 и ATF 109 1a 279.

198/ ATF 109 1a 154. Исключения допускаются лишь в особых случаях, если этого настоятельно требуют интересы безопасности (то же постановление).

199/ См. "La politique familiale en Suisse", заключительный доклад, представленный начальнику Федерального департамента внутренних дел Рабочей группой "Rapport sur la famille", 1982, p. 7.

200/ О понятии "семейная жизнь", вытекающем из практики Европейского суда и Федерального суда см., в частности, Mock, P. "Mesures de police des étrangers et respect de la vie privée et familiale" в "Revue de droit suisse" 1993, № 2 и указанные ссылки.

201/ См. также ниже, в материалах к статьям 23 и 24 Пакта.

202/ См. по этому вопросу Замечание общего порядка 15 (27) Комитета "Положение иностранцев в соответствии с Пактом", в особенности пункт 5.

203/ О различных видах разрешений на пребывание в Швейцарии см. выше, в материалах к статье 12.

204/ Статьи 7 и 17 LSEE, статья 38 OLE. Однако в рамках двусторонних обязательств, по соглашениям, заключенным Швейцарией с Италией, Испанией и Португалией, возрастной ценз, установленный для воссоединения семей, был увеличен для граждан этих стран до 20 лет.

205/ ATF 115 1b 1. Речь шла, в частности, о молодой итальянке 21 года, имеющей инвалидность, чьи родители, поместив ее ранее в специализированную школу в Италии, хотели, чтобы она получила разрешение на проживание с ними в Швейцарии.

206/ Европейский суд по правам человека; дело Berrehab, постановление от 21 июня 1988 года, Série A 138.

207/ ATF 115 1b 97.

208/ В том же постановлении Федеральный суд, однако, делает оговорку в отношении злоупотребления правом.

209/ Замечание общего порядка № 16 (32) Комитета, пункт 5.

210/ ATF 109 1a 280.

211/ В этом случае, при необходимости, следует предварительно получить санкцию на предъявление иска. См. выше, в материалах к пункту 3 статьи 2 Пакта.

212/ ATF 113 I 307.

213/ То же постановление. См. также постановление второй палаты по вопросам публичного права Федерального суда от 18 июня 1993 года по делу А. и М. против государственного совета кантона Цюрих, в котором отмечено, что конституционная гарантия защищает также убеждения меньшинства внутри какой-либо религии (ATF 119 1a 178). Статистические данные относительно числа последователей этих немногочисленных религиозных групп отсутствуют. О распределении населения Швейцарии по религиозным верованиям см. базовый документ, составляющий общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29).

214/ См. в приложении ответ правительства Швейцарии на вопросы Специального докладчика Комиссии по правам человека по вопросу религиозной нетерпимости (резолюция Комиссии 1990/27 от 2 марта 1990 года).

215/ ATF 104 1a 84.

216/ См. статистические данные о случаях отказа от прохождения военной службы в армии в 1993 и 1994 годах, приводимые Федеральным военным департаментом.

217/ ATF 102 1a 481.

218/ ATF 97 I 120.

219/ По этому вопросу см. ниже, в материалах к статье 19 Пакта.

220/ ATF 116 1a 252.

221/ Постановление второй палаты по вопросам публичного права Федерального суда от 18 июня 1993 года по делу А. и М. против государственного совета кантона Цюрих (ATF 119 1a 178).

222/ ATF 66 I 158. Недавно принятое постановление уточняет, что освобождение от курса религиоведения должно быть действенным и что в соответствии с Конституцией нельзя принуждать учащегося, освобожденного от изучения библейской истории, оставаться в помещении, где проводятся занятия по этому предмету. Постановление второй палаты по вопросам публичного права Федерального суда от 19 января 1993 года.

223/ См. Plotke, H. "Schweizerisches Schulrecht", chap. 6, Paul Haupt Verlag, Berne, 1979.

224/ ATF 23 II 1368.

225/ ATF 91 I 485 и 96 I 586. Федеральная Конституция в статье 57 четко гарантирует право на подачу петиции, которым также могут пользоваться иностранцы.

226/ ZBI 1982, стр. 222.

227/ ATF 108 1a 155.

228/ ATF 96 I 592, упоминается выше.

229/ ATF 108 1a 277 и 107 1a 305.

230/ Встречает серьезную научную критику, в частности, в Rossinelli, M., "Les libertés non écrites" Payot, Lausanne, 1987, p. 163ss et Barrelet, D., "Droit suisse des mass media", 2ème éd. Staempfli, Berne, 1987, p. 44ss.

231/ Который в данном случае связан с принципом равного обращения (ATF 107 1a 312).

232/ Как правило, это разрешение можно получить после проживания на территории Швейцарии в течение ряда лет. См. выше, в материалах к статье 12 Пакта.

233/ ATF 102 1a 279.

234/ ATF 117 1a 465, см. также выше, в материалах к статье 10 Пакта.

235/ ATF 106 1a 281.

236/ ATF 99 1a 262.

237/ Постановление Федерального суда от 24 февраля 1993 года, ATF 119 1a 74.

238/ ATF 105 1a 93.

239/ ATF 107 1a 294. См. также ниже, в материалах к статье 21 Пакта.

240/ ATF 108 1a 172.

241/ По этому вопросу см. Novak, M. "CCPR-Kommentar", Engel Verlag, Kehl am Rhein, 1989, p. 385.

242/ По этому понятию см. ниже, в материалах к статье 21 Пакта.

243/ ATF 96 I 218.

244/ ATF 58 I 84.

245/ ATF 100 1a 392. Напротив, это не распространяется на собрания, проводимые в помещениях или на территории, находящейся в частном владении: ATF 107 1a 300.

246/ В этой связи следует уточнить, что кантональные законодатели, как правило, достаточно четко предусматривают подобные правовые основы, правда, лишь в положениях, которые зачастую непосредственно не связаны со свободой собраний (речь может идти, таким образом, о кантональных или общинных положениях, регулирующих использование общественных мест или поддержание общественного порядка). Закон о мелких правонарушениях кантона Базель-Штадт предусматривает, например, выдачу предварительного разрешения кантонального департамента юстиции организаторам лишь таких уличных шествий, в которых участвуют более 60 человек или длина которых составляет более 30 м, а также других собраний, проводимых в общественных местах (митинги, демонстрации). Совершенно очевидно, что в рамках настоящего доклада невозможно дать исчерпывающего описания законов, принятых в каждом кантоне по этому вопросу.

247/ Согласно швейцарскому праву, "общая полицейская клаузула" позволяет судебной власти принимать различные постановления или решения при отсутствии правовой основы в тех случаях, когда существует явная угроза безопасности государства, его граждан или собственности. Ее применение ограничено, и судебная власть может использовать ее лишь в качестве ultima ratio, если никакая другая достаточная мера не может быть принята на основе существующего права. Ее применение, в частности, в отношении использования общественных мест, объясняется тем фактом, что невозможно в отвлеченной и неопределенной форме предвидеть все возможные причины возникновения беспорядков.

248/ ATF 105 1a 480, ATF 105 1a 21.

249/ ATF 107 1a 226, ATF 108 1a 300.

250/ ATF 99 1a 693 и 96 I 590.

251/ В этом смысле, Malinverni, G.: "La liberté de réunion", Genève, 1981, p. 148ss.

252/ ATF 103 1a 314.

253/ Пункт 1 статьи 60 Гражданского кодекса гласит: "Политические, религиозные, научные, артистические, благотворительные, культурно-массовые и другие ассоциации некоммерческого характера обретают правосубъектность при наличии в их уставах положения о намерении перейти к корпоративной системе организации".

254/ ATF 100 1b 18. Применяется принцип пропорциональности: меры будут более или менее серьезными в зависимости от характера и тяжести противоправного деяния или степени опасности. Использование некоторых незаконных методов может, например, наказываться лишь уплатой штрафа. Напротив, если цель или совокупность используемых средств являются порочными, принимается решение о запрещении ассоциации. См. Aubert, J.F., "Traité de droit constitutionnel suisse", vol. II, Neuchâtel, 1967, p. 753.

255/ ATF 100 1a 286 и 97 I 121.

256/ ATF 110 1a 36.

257/ ATF 86 II 365.

258/ ATF 85 II 543 и 90 II 347.

259/ ATF 96 I 229.

260/ ATF 99 1b 138.

261/ В качестве примера см. статьи 13, 22, 24, 25 и 28 прилагаемого Федерального закона о статусе государственных служащих от 30 июня 1927 года.

262/ ATF 99 1b 138.

263/ ATF 60 I 349 и 63 I 281.

264/ См., например, ATF 111 1a 245.

265/ Более подробная информация содержится в первоначальном докладе Швейцарии об осуществлении Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах, в частности, его статьи 10.

266/ Информация о разграничении федеральной и кантональной компетенции в области семейных и других видов пособий, установленных в кантонах, будет представлена в следующем докладе Швейцарии об осуществлении Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах.

267/ Эти вопросы будут также рассматриваться в рамках доклада, упомянутого в предыдущем примечании.

268/ ATF 109 II 273.

269/ В этом смысле Guillo, O., "La liberté de se marier" in: *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique*, Bâle, 1991, p. 97ss, spéc. 110 et 111.

270/ ATF 73 I 167.

271/ Проект пересмотра Гражданского кодекса предусматривает отмену запрета на заключение брака между тетей и племянником или дядей и племянницей.

272/ Европейский суд по правам человека, дело F. c. Suisse, постановление от 18 декабря 1987 года, *Série A* 128.

273/ Вместе с тем гражданское законодательство не регламентирует заключение церковного брака.

274/ ATF 118 1a 1.

275/ См. выше, в материалах к статье 3 Пакта.

276/ Европейский суд по правам человека, дело Burghartz c. Suisse, постановление от 22 февраля 1994 года, *Série A* 280B.

277/ Об этом изменении см. Dutoit, B., Sativa-Spring C., "La nationalité de la femme mariée" vol. I, supplément 1973-1989, Genève 1990, p. 209ss.

278/ ATF 115 II 317ss.

279/ См. также выше, в материалах к статье 18 Пакта.

280/ Статья 310 CCS.

281/ Рабочая группа "Обездоленные дети", "Enfance maltraitée en Suisse", заключительный доклад, представленный начальнику Федерального департамента внутренних дел, Берн, июнь 1992 года. Это подробное исследование прилагается к настоящему докладу.

282/ Среди наиболее важных организаций в этой области можно отметить фонд "Про Ювентуте" и федерацию "Про Фамилия".

283/ Основные цели этого закона изложены в базовом документе, составляющем общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29).

284/ Более подробную информацию см. выше, в материалах к статье 10 Пакта.

285/ Речь идет, в частности, о Федеральном законе о работе на промышленных предприятиях, о занятии ремеслами и торговлей от 13 марта 1964 года (RS 822.11) и о Федеральном законе о надомной работе от 20 марта 1981 года (RS 822.31).

286/ Для выборов в Национальный совет каждый кантон располагает числом мест, которое пропорционально числу граждан, постоянно проживающих в кантоне. Выборы проводятся на основании пропорциональной системы. См. базовый документ, составляющий общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29), раздел 2.3. Структура федеральных органов власти.

287/ См. базовый документ, составляющий общую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29), раздел 2.3. Структура федеральных органов власти.

288/ В настоящее время лишь в кантоне Шафхаузен за отказ предусматривается уплата штрафа в размере 3 франков.

289/ По этому вопросу см. ниже.

290/ Таким образом, на федеральном уровне не существует других оснований для лишения избирательных прав (например, наложение ареста на имущество, обвинительный приговор по уголовному делу и т.д.). Кантоны, однако, могут предусматривать другие основания при проведении выборов на уровне кантонов и общин.

291/ ATF 41 I 58.

292/ ATF 116 1a 359, цит. выше, в материалах к статье 3.

293/ См. GRISEL E.: "Commentaire de l'article 74 de la Constitution", в: "Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération Suisse", Bâle, Zurich, Berne, vol. III, No. 45, 1988.

294/ Вопреки букве статьи 75 Конституции, в данном случае речь идет о несовместимости служебных обязанностей, а не об условии обладания правом быть избранным, вследствие чего духовное лицо может быть избрано на законном основании, если оно не проводит религиозных богослужений (см. статью 18 Федерального закона о политических правах). О других случаях несовместимости служебных обязанностей на федеральном уровне см. ниже.

295/ Как правило, кантоны запрещают членам своих правительств выполнять одновременно обязанности национальных советников или допускают это только в отношении их небольшого числа. Лишь в пяти наименее крупных кантонах это ограничение отсутствует. В некоторых кантонах установлены сходные правила в отношении судей высших судебных инстанций, а кантоны Юра и Тичино распространяют эту несовместимость на всех судей и парламентариев кантона. Что касается кантональных служащих, они могут, в основном, заседать в Федеральном собрании лишь после получения разрешения правительства кантона.

296/ О сравнительном исследовании избирательных систем кантонов Во, Вале, Юра, Женева, Невшатель, Фрибург и Берн см. Buffat, Malek, "Les incompatibilités", thèse Lausanne, 1987.

297/ В качестве примера см. в приложении Федеральный закон о политических правах от 17 декабря 1976 года и инструкции по его применению.

298/ См. также выше, в материалах к статье 3 Пакта.

299/ ATF 93 I 1.

300/ По этому вопросу см. базовый документ, составляющий первую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29), особенно стр. 13 и 14, пункт 53.

301/ О существующем неравенстве и о законодательной деятельности, направленной на его устранение, см., главным образом, выше, в материалах к статье 3 Пакта.

302/ См. в приложении Послание Федерального совета относительно федерального закона о равенстве мужчин и женщин от 24 февраля 1983 года.

303/ Исторический обзор, а также распределение населения по языковым группам и религиозным верованиям см. в базовом документе, составляющем первую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29) и ниже.

304/ Fleiner T., "Die Stellung der Minderheiten im schweizerischen Staatsrecht", in FS Werner Kägi, Schulthess, Zürich, 1979, p. 115ss.

305/ Сводное описание швейцарского федерализма сквозь призму защиты меньшинств, см. в приложении доклад, представленный профессором университета Женевы Ж. Малинверни Европейской комиссии за развитие демократии посредством права, документ CDL (91) 21 от 8 октября 1991 года.

306/ Источник "Fahrende Menschen in der Schweiz", Caritas Suisse, Dokumentation 1/88, 1988, p. 5. См. также "Les nomades en Suisse", доклад исследовательской комиссии, назначенной Федеральным департаментом юстиции и полиции, Берн, июнь 1983 года, стр. 17.

307/ Исторический обзор см. "Fahrende Menschen in der Schweiz", p. 7-13.

308/ Данные приводятся по "Hilfswerk Kinder des Landstrasse", Kantonale Arbeitsgruppe, Bericht und Antrag vom 8. Mai 1987, p. 6.

309/ См. "Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques", Série d'études No. 5, Centre pour les droits de l'homme, Nations Unies, New York, 1991, p. 81.

310/ Более подробная информация содержится в: Fleiner T., "Minderheitenschutz im Kantonalen Recht des Schweiz", in Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts, Neue Folge, Band 40, 1991/1992, p. 45ss.

311/ ATF 91 I 480.

312/ О недавнем исследовании состояния вопроса, а также о конституционной деятельности в этой области см. Morand, Ch.-A., "Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu", в: "Revue de droit suisse", 1993 год, p. 11ss. Последующие пункты во многом отражают основные положения этой статьи.

313/ ATF 91 I 480.

314/ ATF 106 1a 299; см. также ZBI. 1982, p. 370.

315/ См. Malinverni, G., "Fédéralisme et protection des minorités en Suisse", доклад, представленный Европейской комиссии за развитие демократии посредством права, Страсбург (документ CDL (91) 21 от 8 октября 1993 года прилагается).

316/ См. Morand, Ch.-A., "Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu", p. 28.

317/ ATF 106 1a 299.

318/ См. Morand, Ch.-A., "Liberté de la langue et principe de territorialité. Variations sur un thème encore méconnu", p. 30.

319/ См. базовый документ, составляющий первую часть настоящего доклада (HRI/CORE/1/Add.29). Напомним, что, для того чтобы позволить двум религиозным общинам жить отдельно, кантон Аппенцель в результате контрреформы был разделен на два полукантона.
