

European Ombudsman Institute

Европейский Институт Омбудсмана

• Europäisches Ombudsmann Institut

Institut Européen de l'Ombudsman

Istituto Europeo dell 'Ombudsman

Instituto Europeo del Ombudsman

РАЗНОЕ 34 (Р)

доктор Томас Валцель (Университет Иннсбрук)

ОМБУДСМАН И ГРАЖДАНЕ В УСЛОВИЯХ ОСОБЫХ
ОТНОШЕНИЙ ВЛАСТИ – ЗАКЛЮЧЕННЫЕ / СОЛДАТЫ /
ЛИЦА НУЖДАЮЩИЕСЯ ПОСТОЯННОМ УХОДЕ

(по поручению Европейского института омбудсмана для рабочего
совещания 8 февраля 2000 года в Saint-vincent/Vallée d'Aoste, Италия,
экспертная разработка)

EOI

ОМБУДСМАН И ГРАЖДАНЕ В УСЛОВИЯХ ОСОБЫХ ОТНОШЕНИЙ ВЛАСТИ

Политико-правовые соображения касающиеся необходимости создания специальных учреждений омбудсмана

Др. унив. асс. Томас Вальцель , Визентрой

I. ВВЕДЕНИЕ И ОСВЕЩЕНИЕ ПРОБЛЕМЫ

1. Фактические исходные положения

Отличительной особенностью современного государства 20-го века является принятие им на себя большого количества равным образом возросших задач и функций нового типа, которые касаются всех без исключения областей жизни человека. Отдельная личность стоит перед чрезмерным, гипертрофированным бюрократическим аппаратом, организация которого и воздействие на него во многих отношениях непонятна и непредсказуема ему. Наряду с этим, индивидуальная зависимость от государственного обеспечения, благотворительных организаций и гарантийных обязательств никогда не была так сильна, как сегодня. Эти обстоятельства вызвали у многих граждан новое ощущение запутанности связей и полной зависимости от государства. Всеобщее ощущение дискомфорта будет еще больше усиливаться в связи с перемещением государственных обязательств на национальном уровне на наднациональные учреждения, в основном, европейского содружества, с помощью которых, процесс принятия решений и ввод в действие инструментов управления становится для отдельных граждан еще менее понятным, чем это было до настоящего времени. К этому относится всеобщий страх перед глобализацией и опасения реального злоупотребления властью международными концернами и крупными промышленными предприятиями. Существующие правоохранительные и контрольные учреждения уже давно не удовлетворяют доверие граждан в способности функционирования и правомерности государственных действий.

2. О современном значении учреждений омбудсмана

Внедрение учреждений омбудсмана надо понимать как ответ на структурное изменение современного государства. Исходя из основополагающих предпосылок, что демократии, кроме всего прочего, требуется также действенный контроль, чтобы воспрепятствовать превышению государственной властью правовых полномочий, омбудсмен приобретает важную функцию институционализированной связи между

гражданином и государством. Задача омбудсмана состоит не только в проверке правомерности государственных действий, но, прежде всего, в проверке целесообразности и справедливости. При этом он не дублирует деятельность существующих учреждений по защите прав человека, а, напротив, должен содержательно дополнять ее путем самостоятельного решения поставленных задач.

Перед лицом преобладающих политических и социальных положений в государствах этого мира нельзя воспринимать всерьез сомнения, что учреждение специального омбудсмана, круг задач которого в существенных отношениях совпадает с решением проблем, часто встречающихся в определенных областях управления, необходим и целесообразен. Разумеется, уже здесь можно возразить, что путем издания каждого административного предписания, которое служит для регулирования ограниченных специальных направлений, по сути дела в соотношении к общему административному праву выступают более или менее интенсивно выраженные специальные конституционные правовые отношения. В этом отношении можно было бы опровергнуть создание собственного омбудсмана для каждой административной области, отличаемой по предметным или типологическим признакам. На самом деле мы встречаем, уже во многих областях общественной жизни, омбудсманов или учреждения, сходные с омбудсманом. Этот широкий спектр не должен и не может, между тем, занимать нас дальше. С точки зрения некоторых сторон правовой теории существует намного больше, так называемых, "особых властных отношений", которые отличаются повышенной зависимостью подчиненных им лиц по отношению к государственной "высшей власти". Причем осуществление злоупотреблений властью происходит в сфере, не охваченной законом. Не только из-за ее наглядности, но, в особенности, из-за высокого потенциала риска основного капитала прав человека, которые от нее исходят, мы прибегнем ниже к небесспорному тезису о существовании особых отношений государственной власти, и в этой особой связи вновь поставим вопрос об обязательности учреждений особого омбудсмана для этих сфер.

Представление затронутой темы, вследствие ее всеобщности и многослойности, не может уже довольствоваться отражением только лишь определенной национальной системы омудсмана, и на основе этого попытаться достичь основополагающих познаний. Подобный метод лишь сократил бы проблему и был бы неподходящим для принципиального значения темы. Напротив, целью нижеследующих рассуждений является, полностью независимое от модели омбудсмана в отдельных государствах, освещение обстоятельств, при которых рекомендуется создание специфических омбудсманов. При этом, прежде всего, будут

представлены некоторые обобщенные размышления по организации должности омбудсмана, которые будут поставлены в непосредственную зависимость от выполняемых им задач. В связи с этим будет проведено краткое правовое введение в теорию особых отношений власти, которое переходит в представление различных форм особых отношений власти и их специфики. Зерно рассуждений образуют развитие по собственным законам и особенности отношений в различных организациях, а также соотношение власти в военных учреждениях. На базе медицинских учреждений, тюрем и воинских частей наблюдаемые проблемы, в особенности там, где встречаются многократные случаи нарушения как основополагающих прав, так и прав человека, должно быть указано, почему именно в этой области необходимо учреждение собственного омбудсмана. Сразу необходимо отметить, что любая форма обобщения огрубляет. Вполне возможно, что существуют государства, которые претендуют на то, что, выявленные здесь, проблемы в них не существуют, однако, очень вероятно, что это не так. Все без исключения, обсуждаемые здесь в качестве примеров, особые правовые отношения, выявляют неотъемлимую общность, которая оправдывает принятие существования таких же или подобных проблем без необходимости приведения для этого специальных доказательств. Так например, любое тюремное заключение связано со значительным ограничением личной свободы; и никакое военное объединение в мире не допустит управления собой, если одним и тем же действием должно быть достигнуто обоюдное понимание между отдающим приказ и его исполняющим. Что можно непременно выделить, так это интенсивность, с которой выступают эти проблемы в отдельных областях. То, что проблемы подобного рода существуют, не вызывает никакого сомнения, и это должно приниматься, как неопровергимый факт. Задача отдельных государств состоит в том, чтобы определить, как эти проблемы разрешить наилучшим образом. Создание специального омбудсмана представляется при этом, как значительное продвижение в верном направлении.

II. ОРГАНИЗАЦИЯ УЧРЕЖДЕНИЯ ОМБУДСМАНА

Чтобы ближе заняться организационно-теоритическими вопросами целесообразности создания и формы учреждения омбудсмана, мы не располагаем ни временем, ни местом. Но все-таки хотелось бы здесь обратить внимание (хотя и вкратце) на следующие важные для дальнейшего процесса исследования формально-организационные обстоятельства.

Качество, смысл, а также практическая польза деятельности любого омбудсмана зависят не только от авторитета и уважения, которыми он пользуется в

рамках своей деятельности. Для успеха его деятельности также решающее значение имеют организационные преимущества, в соответствии с которыми созданы учреждения омбудсмана. В деловом отношении омбудсмен, имеющий в своем распоряжении всеохватывающие контрольные полномочия, но который испытывает недостаток в соответствующей поддержке штатом квалифицированных сотрудников, а также необходимым оснащением средствами и помещением, может иметь даже в небольшом государстве большие проблемы в решении в полной мере задач, поставленных перед ним. В более крупном территориально государстве создание организаций омбудсмана, с неограниченной компетентностью и достаточными помещениями, но при одновременной недостаточности аппарата сотрудников и технической оснащенности, превращается просто в фарс.

Если же со стороны государства будет проявлено серьезное стремление к эффективному выполнению омбудсманом своих задач, то необходимо обратить внимание на то, чтобы поставленные перед омбудсманом задачи могли быть реально выполняемы с помощью предоставленных средств. Поэтому уже при законном создании такой организации, в особой мере, важно обратить внимание наряду с необходимым обеспечением штатом сотрудников на, по возможности рациональное, разграничение его деловых и территориальных сфер компетентности. С полным правом можно исходить из того, что в каждом отдельном случае, имеющие место конкретные внутригосударственные отношения и условия, предполагают с самого начала децентрализованную форму организации. Общеизвестно, что некоторые государства уже располагают в высшей степени успешно действующими региональными или местными учреждениями омбудсмана.

Но при определенных обстоятельствах уместна не только территориальная децентрализация, но и организация деятельности омбудсмана по секторам. В исключительных случаях непредвиденного объема работы, разрешается привлекать к ее выполнению дополнительных сотрудников и использовать внутриорганизационный метод распределения задания. Скорее всего будет необходимо разделять задания по секторам, и там, где в связи с большим количеством жалоб или по природе задания, представляется необходимым, создавать специальную организацию омбудсмана, ответственную именно за деятельность этого сектора с соответствующими властными полномочиями.

В практике, особенно в названной выше сфере, имеются еще очень серьезные проблемы. То, что существует срочная потребность в специальных омбудсманах, и, в

связи с этим возникающая, политическая необходимость в действиях, будет показано в дальнейшем на примере особых отношений власти.

III. ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА ОСОБЫХ ОТНОШЕНИЙ ВЛАСТИ

1. Теоретико-правовое предисловие и разъяснение понятия.

Теория особых правовых отношений власти - это продукт немецкого административного учения 19-го столетия. Его основателем и одновременно самым значительным представителем был *Отто Майер*. Исходным пунктом является принципиальное представление о включении граждан во всеохватывающее обширное отношение власти к государству, как суверену (носителю верховной власти), что выражается в определенной подчиненности отдельного индивидуума государственному аппарату и его учреждениям, содержательность действий которых, колеблясь, тенденциозно в современном социальном и благополучном государстве находится в состоянии роста. Насколько в прежние времена в большой степени проявлялась возможность непосредственного государственного влияния на отдельного гражданина (например, в рамках проведения всеобщей воинской обязанности), настолько сегодня подчиненность выражается в многократном применении громадного количества экономических и технических средств власти. Насилие, с одной стороны, нивелируется допуском защищенного основным правом пространства, с другой же стороны, ведет к исполнению государственной власти через зависимость от закона. Все это приводит к узакониванию осуществления государством своей "власти". Соответственно, представляется терминологически целесообразным, учитывая структурные изменения в отношениях гражданина и государства, не говорить больше о подчинении, а в большей степени, о распределении по уровню своей интенсивности (и в связи с этим относительной) зависимости. По всеобщему обстоятельству продолжающейся институализации отношений между гражданином и государством ничего не меняется из-за использования другого термина, оправдываемого новым качеством отношений.

Из круга всеобщих отношений власти выделяются более узкие сферы особых отношений власти (называемые в литературе в отдельных случаях также "особые обязательственные отношения" или "административно-правовые особые отношения"). Преобладающие ранее учения видели их особый признак в простирающейся над всеобщим отношением власти дополнительной и обостренной зависимости. Первоначально, во время absolutизма, в рамках особых отношений власти существовали, на самом деле, беззаконные пространства, внутри которых отдельная личность не могла предъявить никаких правовых претензий. Так, например,

чиновники, а также военнослужащие и школьники причислялись к внутренним субъектам государства с ограниченным правом, чье вмешательство в право выполнением особой государственной власти (власть правящего класса) с самого начала не могло осуществляться. Характерные элементы особых отношений власти состояли, с одной стороны, в недостаточной правовой связи исполнения власти и, с другой стороны, - в личном характере этих отношений. Со временем, от этой экстремальной позиции отстранились; не в последнюю очередь под впечатлением обширного и почти полного узаконивания всех без исключения отношений между личностью и государством. Немецкий конституционный суд начиная с решения, принятого в 1972 году, касающегося правовой защиты при исполнении наказания¹, повторно отмечает, что в демократическом парламентском конституционном государстве "Решение всех основных вопросов, непосредственно касающихся граждан, должно осуществляться на базе закона"². Мнение о том, что особые отношения власти не нуждаются вообще ни в каком законном определении, получает, таким образом, явный отпор. Сегодня понятие особого отношения власти используется лишь, как синоним для целого ряда установленных законом обязательственных и правовых отношений, которые распространяются на все подобные формы проявления. По отношению к личности особенность этих правовых и обязательственных отношений проявляется, главным образом, в качестве особого ограничения основных правовых гарантий, ограниченности действия строгих оговорок закона, регулирующих деятельность административного управления, и ограничения возможностей правовой защиты.

В результате, таким образом, можно установить, что значительное различие между всеобщим и особым отношением власти в меньшей степени состоит в недостаточности законных полномочий для исполнения суверенной власти, а напротив, в разграничении круга обязанностей лица, их исполняющего, и в модификации степени индивидуальной обязанности. Здесь необходимо еще раз подчеркнуть, что особое отношение власти не является принципиально нерегулируемыми, с правовой точки зрения, и поэтому - элементарным насилием. Такое насилие не может существовать в современном правовом государстве в связи с господствующими в нем принципами³. Как во всеобщем, так и в особом отношении власти, обязанности личности по отношению к государству основываются на одном и том же принципе: а именно - позитивного правового порядка. Однако он может

¹ Сборник решений федерального конституционного суда ФРГ 33, 1.

² Сборник решений федерального конституционного суда ФРГ 40, 237 (249)

³ Фундаментальным принципом является связь всего государственного управления с законом. Следствием этого основного принципа является то, что закон точно регулирует не только объем исполнения государственной власти. Без специальных законных полномочий вообще не возможно никакое исполнение государством своей власти.

регулировать предпосылки, обязывающие личность к определенному поведению, совершенно различным образом. Внешние границы для законодателя образовывают условия, предусмотренные конституцией, и в данном случае, в особой мере, - связь с основным правопорядком. Поэтому было бы неправильным считать, что одна группа обязанностей основывается на всеобщей обязательности послушания, а другая - на особом отношении власти. В либеральном демократическом правовом государстве, действующем по принципу связи государственной деятельности с законом (принцип легитимности; принцип правового государства), создание специальных прав и обязанностей, объединенных понятием особого отношения власти, может осуществляться только путем закона. Это ни в коем случае не означает, что уже из самой институции особого отношения власти вытекают определенные правовые последствия (как например, существование, не имеющих законных оснований, государственных полномочий на вмешательство). Для личности это означает, что существующие за рамками правового регулирования, ограничения возможностей его личного развития (которые могут состоять, например, в том, что закон уполномачивает государственные органы на определенное вмешательство в его индивидуальную правовую сферу), как и прежде, располагают всеобщей свободой деятельности. Там, где заканчиваются предоставленные законом исполнительному органу полномочия на вмешательство, все свободные правовые позиции личности продолжают существовать в полном объеме. Принцип правового государства обуславливает, что находящиеся в противоречии с правопорядком обязанности и незаконные принудительные действия, лица, чьи интересы затронуты, должны иметь возможность оспорить в законном порядке. В случае выявления в судебном порядке нарушения закона, проведенные соответствующим государственным органом, действия должны быть отменены и их последствия устранины. Это относится (по меньшей мере с точки зрения правовой теории) несомненно и к особым правовым отношениям. Решающим вопросом является, в данном случае, определение широты, ограничивающих всеобщую свободу действий, полномочий на вмешательство и обязанностей допущения доказательств в процессе.

2. Традиционные формы проявления злоупотребления властью

a. Исходный пункт.

Неопровергимым обстоятельством является то, что никакой национальный правопорядок не регулирует правовые отношения граждан с государством в одинаковой степени, так что каждый гражданин вне зависимости от своих профессиональных функций и своего социального положения не располагает по

отношению к государству одними и теми же правами и обязанностями. Подобные представления однообразности прав не были бы желательны с точки зрения теории и никогда не могли бы быть реализованы на практике. В большей степени любой правопорядок объединяет в себе необозримую целостность самых различных правовых отношений. В этом смысле существуют только особые отношения власти: с каждой вновь изданной правовой инструкцией законодатель создает дальнейшие рамки для дифференцирования и обосновывает таким путем существующее множество особых правовых отношений. Тем не менее внутри всего количества правовых отношений можно выделить такие, которые располагают определенной общностью или обнаруживают своеобразие. Признак порядка может состоять в том, что определенные правовые отношения обосновывают особый статус обязательств или, что они связаны с пониженным уровнем правовой защиты. В этом, в определенной мере, ограниченном смысле (различимом и систематизированном только по типологической форме проявления) следует понимать также нижеследующий подбор отдельных проявлений злоупотребления властью.

б. Отдельные случаи проявления злоупотребления властью

аа. Административные отношения.

Административные отношения являются классическим случаем злоупотребления властью. Еще в 19-м веке со статусом чиновника было связано представление об особых обязанностях преданности и послушания по отношению к государству, которые выходили далеко за рамки всеобщих обязанностей граждан быть полезными государству. Тем не менее, именно в этой области власть уже вскоре должна была уступить место праву, и постоянное воздействие и послушание, присущие должности чиновника, в настоящее время встречаются исключительно в режиме правового государства. Проблематичным может быть в отдельных случаях лишь размер необходимого законного определения. Это распространяется на право вышестоящей структуры давать служебные указания подчиненному органу, хотя во многих национальных правопорядках известны также отдельные возможности эти служебные задания проверить на их правовую обоснованность (например, для Австрии инструмент обжалования распоряжений согласно ст. 81-а абз. 4 конституционного закона). Дисциплинарное право часто содержит также значительное количество неопределенных законных понятий, и по-прежнему случается так, что дисциплинарное наказание чиновника основывается не на законе, а только лишь на внутренних правилах конкретного органа.

С точки зрения основного права определенные трудности вызывает, предпринятое некоторыми законодателями, закрепление обязанности чиновников верности конституции. Обязательство приверженности определенному основному правопорядку и защита, связанных с этим ценностей, может привести в результате к тому, что при определенных обстоятельствах, будет подвергнута санкциям политическая позиция чиновника как таковая, несмотря на то, что исполнение им служебных обязанностей от этого не страдает. Даже если теоретически чиновнику предоставляется свобода собственного политического мнения, и по служебным инструкциям принципиально разрешена деятельность вне службы, он все-таки во многом связан при практическом осуществлении, данных ему при этом, прав обязательством политической верности. В особенности от чиновника требуется избегать всего того, что могло бы вызвать подозрение в его политических пристрастиях. Как следствие этого, чиновник, в тех государствах, которым знакома специальная обязанность верности, не может использовать право на свободу выражения своего политического мнения, как это может быть вполне разрешено другим гражданам согласно действующему основному законодательству.

66. Отношения в условиях исполнения воинской службы

Хотя армия является частью государственного управления, и действие ее органов руководствуется также принципом правового государства⁴, именно в этой области имеется, как и прежде, значительный недостаток правопорядка. Это распространяется не только на те государства, которые не имеют особенно ярковыраженной традиции правового государства. С точки зрения принципа законности, опасные вмешательства могут быть констатированы также в богатых историческими традициями надежных демократиях. Так, например, закон о воинской повинности в Австрии содержит многочисленные узаконенные формальные возможности передачи прав (обязанностей) другому лицу⁵, на основе которой могут издаваться дальнейшие распоряжения без какой-либо содержательной связи. Это распространяется, прежде всего, на воинскую обязанность исполнения приказа и ее актуализацию путем осуществления соответствующей командной власти со стороны

⁴ Военные действия в отдельных случаях также всегда требуют соответствующего законного обоснования. Вне закона такое действие невозможно.

⁵ Принцип правового государства обязывает законодателя издавать только определенные по содержанию руководства. При определенных обстоятельствах в дальнейшем они могут быть более детально уточнены органами управления путем издания распоряжений. Поле деятельности, в рамках которого органы управления могут действовать в ходе этой более детальной конкретизации норм, должно быть в материальном отношении точно определено законодателем. Если это точное материальное определение законодателя отсутствует, то в данном случае, при соответствующем законе, речь идет о формально заканнном делегировании (передачи прав и обязанностей другому лицу). Изданное властями распоряжение находит только кажущееся законное прикрытие. На самом же деле его содержание зависит от усмотрения издающего распоряжение органа управления.

начальственного органа. Внутренняя организация армии, также, как и условия военной подготовки, осуществляется во многих странах, как и прежде, в обстановке отсутствия законного регулирования.

Специфика условий воинской службы объясняется исключительно ходом исторического развития. Солдат и гражданин всегда противопоставлялись друг другу в связи с различием их интересов. В то время, как гражданин преследует частные интересы, солдат служит всеобщему благополучию. Этим разделением объясняется то, что солдат долгое время находился в условиях казенного, замкнутого, ограниченного пространства, которое существует в общих чертах и сегодня. В качестве особенностей можно назвать, к примеру, ограничение возможности солдатом выражения своих политических убеждений, и, таким образом, его свободы мнения, а также юридически недостаточно урегулированное использование дисциплинарных средств. Ст. 11 абз. 2 европейской конвенции о защите прав и основных свобод человека однозначно предусматривается допустимость ограничения свободы собраний и объединений среди служащих вооруженных сил.

вв. Отношения в различного типа учреждениях

Под этим понятием подразумеваются юридические лица, деятельность которых посвящена исполнению определенных общественных целей, и которые располагают как достаточным количеством средств, необходимых для исполнения этих целей, так и соответствующим персоналом. Эти учреждения имеют, однако, некоторые особенности, которые выделяют их на фоне других организаций. Как государственные органы и ведомства, так и эти учреждения, предоставляют в распоряжение общественности определенные полезные услуги. При этом используется техническое оснащение и необходимый для его обслуживания персонал данного учреждения. Отношения между пользователем и учреждением могут регулироваться как общественным, так и частным правом. Самым очевидным примером особого значения учреждений в современной жизни являются медицинские учреждения. Также, наряду с этим, речь идет о детских домах, воспитательных домах или домах престарелых, как о подобных учреждениях⁶.

В предметном отношении решающим является то обстоятельство, что учреждения располагают собственной внутренней властью, так называемой, "властью учреждений". Она распространяется на каждого пользователя вне зависимости от

⁶ Под этот термин "учреждения" подпадают, по меньшей мере по среднеевропейским понятиям, также пенсионные учреждения и учреждения социального страхования

того, на какой правовой базе осуществляется пользование. В идеальном случае соответствующие права и обязанности закрепляются в обоюдном отношении между учреждением и пользователем детальным образом в распорядке учреждения, который необходимо квалифицировать, как законное распоряжение. Если оно имеется в наличии, то закономерность действий учреждений представляется по меньшей мере гарантированной. Фактически, в части регулирования отношений в учреждениях, особенно в области санитарии, существуют еще многочисленные пробелы, которые при определенных обстоятельствах поднимают серьезные проблемы правовой защищенности. Это недостаточное правовое обеспечение медицинских заведений имеет исторические причины. С одной стороны, существующие в этой области правовые отношения долгое время регулировались, в основном, с помощью инструментов частного права. С другой стороны, медицинские учреждения во все возрастающем размере исключаются из сферы государственного регулирования. Оба обстоятельства на долгое время отодвинули на второй план правовые функции этих учреждений. Следствием этого являются, как и прежде, явные правовые пробелы во внутреннем порядке социальных и медицинских учреждений.

гг. Отношение учеников и школы

Под общим понятием школьных отношений подразумеваются, с одной стороны, правовые отношения школьников, их родителей и других лиц, ответственных за воспитание, к школе и наоборот, а с другой стороны - задачи школьников, школ и всех остальных, причастных к этому процессу, лиц. Школьные отношения уже издавна находились в определенном конфликте с правовой государственностью в связи с принципиальным назначением школы, а также используемыми для достижения целей средствами. В этом мало что могло изменить и современное школьное законодательство. Даже если периодами начиналось осуществление управления школьной деятельностью в соответствии с требованиями правового государства, все же оставались обширные и существенные области, внутри которых школьники и их родители не располагали ни эффективной правовой защитой, ни возможностью вмешательства. В данном случае могли бы быть названы, в качестве примера, составление учебного плана, проблема введения школьных экспериментов или школьного наказания. В результате, отношения - учитель - ученик, как и прежде, зачастую остаются в стороне от детального нормативного регулирования.

дд. Лица, отбывающие наказание

Сфера проблем особого рода отражает правовое положение лиц, отбывающих наказание. Заключенные лица самым интенсивным образом конfrontируют с применением государственного насилия. При этом частично, даже в высокоразвитых демократиях, правовые недостатки находят свое оправдание в ссылке на явное нарушение закона виновным в тесной связи с принудительном характером исполнения наказания. Так, например, зачастую считается, что основные правовые гарантии по отношению к заключенным могут быть значительно ограничены без дальнейших доктринальных обоснований. В результате, по отношению к этому, предпринятые мероприятия регулярно лишаются проверки на их допустимость и соразмерность. Немецкий государственный конституционный суд, однако, имеет по этому вопросу другое мнение. Поводом заняться рассмотрением злоупотребления властью с позиции основного права послужила жалоба одного заключенного, который высказывал недовольство по поводу того, что одно из его писем, направленное за пределы места лишения свободы, было проконтролировано и задержано. Контроль и задержание письма (оно содержало неблагоприятные и оскорбительные отзывы в адрес начальника учреждения, некоторых служащих и отношений внутри учреждения) были обоснованы служебными инструкциями этого учреждения. Поданная жалоба, в ответственный тогда Верховный суд земли, осталась без удовлетворения. Ссылаясь на допустимость ограничения без законного обоснования основных прав заключенных, только лишь в связи с предназначением учреждения, принятые меры были оправданы. Однако в своем, уже упомянутом, решении 1972 года⁷ Государственный конституционный суд категорически отрицает особые условия власти, которым подчинены заключенные места лишения свободы, что можно рассмотреть как оправдательную базу для ограничения основных прав, которое осуществляется без дальнейших законных оснований.

В условиях лишения свободы в большой степени не существует возможности для проявления всеобщей свободы действий человека. Законодатель в значительной мере передает решение этого вопроса в компетенцию органов лишения свободы. Условия его осуществления более детально не регулируются. Соответственно внутренний распорядок органов лишения свободы передается на усмотрение руководства учреждения, которое принимает свои решения на базе широких законных полномочий. Лицо, содержащееся в местах лишения свободы, как никто другой, предоставлен прежде всего непосредственно законодателю, который должен придать законную форму своей деятельности, чтобы она была применена. Если же

⁷ Сборник решений федерального конституционного суда ФРГ 33, 1

этого не происходит, что имеет место во многих государствах, вдвойне необходим объективный, основанный на критериях гуманизма и человечности, контроль омбудсмана.

3. Особые условия власти и субъективные права⁸

а. Общие заключения

Особые условия власти представляют собой специальное формирование всеобщих условий власти. Однако это не подменяет существующие основы. Их действия ограничиваются исключительно модификацией прав и обязанностей, связанных со всеобщими условиями власти. При этом, по всем правилам существующие обязанности повышаются, в то время, как объем принадлежащих личности, прав сужается, и формальные возможности правовой защиты против определенных форм проявления государственных действий заранее исключаются. В особенности это касается основных прав.

Кроме того особым условиям власти зачастую присуща возможность более простого осуществления человеком, ведущей к исполнению, обязанности, которая возникает не в результате решения или формального административного акта, а только посредством приказа или должностной инструкции. Это связано конечно же не с природой особых условий власти, которая включает в себя такое упрощенное обязательство, как относящуюся к делу и необходимую составную часть. В значительной степени оно является результатом сознательного политico-правового решения законодателя, который в конкретном случае посчитал соблюдение строгих формальностей просто излишним. Все же, говоря об особых условиях власти, речь идет, как прежде, исключительно о законных конституированных отношениях.

б. Основные права и особые условия власти.

Более старая правовая доктрина особых условий власти представляла взгляды, что люди, вовлеченные в такие административно-правовые особые отношения, располагали только ограниченной возможностью на основную правовую защиту. Этот подход состоит в противоречии с фундаментальными правовыми государственными взглядами, согласно которым особые обязанности чиновников, военнослужащих, школьников или лиц, находящихся в местах лишения свободы, также являются

⁸ Под субъективными правами подразумеваются взаимосвязь общественного права и отдельной личности, которая может отстаивать свои права перед государством. Существо этого права состоит в том, чтобы отдельной личности предоставить "правовую власть" претворить в жизнь свои претензии (например, право предъявления иска, предъявления жалобы)

выражением нормированных отношений с точки зрения позитивного права. В связи с этим совершенно исключено, что лица только лишь потому, что они находятся в условиях особых отношений власти, могут претендовать лишь на ограниченную защиту основных прав. Также нельзя обосновывать покорное терпение беззаконного вмешательства в основные права одними лишь особыми условиями власти.

Фактически (по меньшей мере в западных демократиях) в прошедшие после второй мировой войны десятилетия, предпринимались усилия более законного обоснования особых условий власти, как в материальном, так и в формальном отношении. Как только возникают особенности, они должны находить законное подтверждение, как по форме, так и по содержанию.

Наибольшим образом представление об особых условиях власти находит свое выражение в ограничении прав заключенных лиц. В большинстве стран мира, связанное с тюремным заключением, сокращенное использование основных правовых гарантий по своей природе объясняется, как необходимое и уже поэтому воспринимается в целом, как правомерное. Западные демократии не являются исключением. Австрийский конституционный суд в своей постоянной судебной практике также придерживается мнения, что ограничения, присущие характеру исполнения наказания, с точки зрения основного правопорядка не запрещены. Хотя, в последнее время австрийский конституционный суд стремится более тщательно разграничивать необходимость и соразмерность вмешательства в основные права уголовных заключенных.

Как связь с внешним миром, так и внутренние отношения между заключенными могут регулярно подвергаться особым ограничениям. По отношению к внешнему миру это касается, например, ограничения переписки, цензуры заявлений с жалобами, запрета на получение подарков и посылок, ограничения права на посещение, а также неизбежное ущемление частной и семейной жизни. Особое значение имеют ограничения, которые испытывает заключенный во внутренних отношениях в местах лишения свободы. Распространение этого процесса связано также с недостаточной возможностью размещения большинства заключенных в небольших камерах, с неудовлетворительным продовольственным снабжением и питанием, а также принудительным ограничением свободы действий посредством использования наручников и кандалов и помещением в карцер.

IV. Подразделения омбудсманов - фактическая необходимость или политическая иллюзия?

1. Принципиальные обсуждения

Современное конституционное государство обычно претендует на то, чтобы называться справедливым государством. Поэтому не случайно оно именует себя также правовым государством. В этом понятии находит свое выражение двойная связь с правовыми принципами, материальная сторона которых содержит положения, согласно которым необходимо защищать человеческое достоинство, его развитие в условиях свободы и чувство собственной ответственности гражданина. Принцип правового государства означает прежде всего, не не только, гарантию основных прав. Он осуществляется, кроме того, в организации государства, построенной по принципу разделения власти, неотъемлимой частью чего является, в особенности, отвечающая духу времени, система правовой защиты. Ее важнейшая функция состоит опять таки в том, чтобы оказывать помощь в тех случаях, когда личность ущемлена в своих субъективных правах со стороны государства. Кроме того, необходимо обеспечить предотвращение будущих правонарушений. Таким образом, речь идет о том, что сама система как таковая располагает контрольными инстанциями, задача которых состоит в том, чтобы выявлять те нарушения в области государственного регулирования и выполнения своих обязанностей государственными органами, из-за которых осложняются отношения между государством и гражданином.

Центральной задачей, которая должна быть выполнена государством, является торможение и включение власти и одновременно соединение власти с ответственностью. Нейтрализация власти в первую очередь является вопросом самодисциплины государства. Однако ограничивать ее только этим моментом было бы несоразмерным занижением фактической проблемы, и одновременно несоответствующим существующему положению. Эпоха глобализации требует учета, правового порядка и направления в определенное русло также и тех сил, которые существуют вне классических государств, независимо от того имеют ли они государственное или окологосударственное происхождение. Тем более, необходимо, с точки зрения правозащиты, по новому осветить особые условия власти, как последний существующий остров квази преконституционной власти. Прежде всего это необходимо потому, что имеющиеся контрольные учреждения, несмотря на постоянные улучшения совокупности своих средств и совершенствование своих действий, именно в области особых условий власти быстро наталкиваются на свои естественные границы. В особом случае именно психологические препятствия мешают лицу, чьи интересы затронуты, осуществлять свои возможности и права, например потому, что предоставленный в его распоряжение правовой путь является неэффективным и слишком длинным, или обязательным образом ведет

непосредственно через служебное руководство или власть имущих. Именно в последних, названных случаях следует опасаться того, что для подавшего жалобу лица, находящегося в местах лишения свободы, могут наступить длящиеся неприятности. К тому же перспективы на успех являются очень низкими там, где подающий жалобу является одновременно и единственным свидетелем по делу.

Уже эти немногие упоминания позволяют сделать вывод, что в предметной связи, в основном, речь идет о проблемах, которые при помощи общепринятых учреждений правовой защиты или вообще не могут быть решены, или решены, как минимум, неудовлетворительно. Особенно строго формализированная юрисдикция общественного права, ориентированная в меньшей степени на содержание, а наоборот - на одни только понятия⁹, которая встречается во многих местах, с учетом оговорок правового производства, которым она подчинена, должна зачастую, уже ввиду недостаточности подходящих методов рассмотрения поданных жалоб, капитулировать до вынесения решения.

Виду этого бесспорного и звучащего с малым оптимизмом заключения важное правовое политическое значение, которое теоретически придается отдельным учреждениям омбудсмана, при решении возникающих в особых условиях власти конфликтов, не требует специального обоснования. Между тем необходимо уточнить, что принципиальная практическая организаторская способность институции омбудсмана классического типа отвечать, именно с этим связанным, требованиям. Должность омбудсмана, если сказать очень кратко (и сознательно провокационно), характеризуется решением поставленных перед ним задач с помощью всеобъемлющих полномочий, в равной степени как в деловом, так и в территориальном смысле. В обширной сфере нарушения государственной деятельности омбудсман вынужден действовать в условиях одновременной ограниченности как финансовых, так и правовых средств. Омбудсман раскрывает положение вещей, разъясняет, сообщает, исполняет посреднические функции и подвергает сугубому осуждению. Чем же он, однако, не занимается, так это пересмотром государственных решений. В этом отношении у него связаны руки. Поэтому не должно вызывать особого удивления, если в такой ситуации будут выражены соответствующие сомнения в концептуальной пригодности все-сильного, но, относительно возможности своего вмешательства, ограниченного омбудсмана. Эти сомнения касаются способности адекватного преодоления, возникающих в области особых условий власти, трудностей. Недостаточное соответствие будет особенно

⁹ Такая ссылка на понятийность была бы едва ли значима, если бы предмет жалобы был только правовым актом, который в определенном смысле обозначен формально.

выраженным, если речь идет о происходящих злоупотреблениях властью по отношению к подчиненным в учреждениях, особенно в местах лишения свободы, а также в сфере военных отношений и необходимость быстрого самостоятельного принятия действенных контрмер. Конечно же здесь особенно требуется переосмысление в области фундаментального нового определения функций, а также средств омбудсмана. Это будет осуществлено и обосновано в следующих разделах.

2. Омбудсмен и лица, находящиеся в местах лишения свободы

Многочисленные жалобы заключенных, поступившие в европейскую конвенцию по правам человека еще до вступления в силу 11-го дополнительного протокола европейской конвенции по правам человека отражают мрачную картину условий в местах лишения свободы в государствах, подписавших договор. Нарекания вызвали недостаточное медицинское обслуживание, неудовлетворительное питание и размещение, а также отсутствие возможностей для дальнейшего повышения образовательного уровня; а кроме этого - необузданый террор со стороны других заключенных и персонала охраны, чье жестокое поведение по отношению к заключенным занимало и занимает центральное место в большинстве жалоб. Хотя не всегда все эти жалобы были обоснованы и правомерны, неоспоримым фактом остается то, что в местах лишения свободы в этом мире повседневно совершаются отчасти экстремальные противоправные действия по отношению к лицам, которые там содержатся. Заключенные находятся при этом в особенно неприятном положении. Как признанные виновными и приговоренные нарушители закона, они не пользуются у органов надзора особым доверием. Поэтому, даже если в некоторых государствах и существуют собственные органы по рассмотрению жалоб и инстанции контролирующие места лишения свободы, в результате они не являются особо эффективными. Это не играет большой роли там, где речь идет лишь об отсутствии более или менее незначительных льготных условий, как например, ограничение переписки или изъятие радиоприемников. Однако ситуация радикально изменяется, если возникает угроза жизненным интересам заключенного, и, при определенных обстоятельствах, даже его жизни и здоровью.

Так например, в вышедшем в феврале 1996 года отчете комиссии по правам человека при Президенте Российской Федерации особое внимание было обращено на продолжающееся пренебрежение всеобщепризнанными принципами нравственности, морали и гуманности, а также массовые нарушения прав человека в учреждениях, ведающими исполнением наказания в Российской Федерации. При этом, события неоднократно принимали чрезвычайно трагический характер. Так например, в июле

1995 года только лишь в учреждении предварительного заключения города Новокузнецка вследствие нечеловеческих условий содержания погибли 11 человек. А в 1994 году около 100 человек предприняли попытку массового самоубийства, для того, чтобы обратить внимание на невозможные условия содержания в вышеназванном учреждении.

Положение заключенных в Российской Федерации практически не улучшилось со времени опубликования этого отчета. Как и прежде оно отличается унизительным бесправием и отсутствием гарантий прав человека. Уполномоченный по правам человека Российской Федерации Олег Миронов в отчете о своей деятельности за 1998 год недвусмысленно обращает внимание на то, что в учреждениях и органах, ведающих исполнением наказания, еще существует много проблем, в особенности при создании цивилизованных условий содержания уголовных заключенных и соблюдении гарантий их прав на поддержание здоровья и сохранение жизни. Во многих местах лишения свободы России условия содержания сравнимы со средневековыми пытками. Это общее заключение подтверждается многочисленными жалобами из его (господина Миронова) повседневной практики. Наряду с переполненностью камер, недостаточной гигиеной, неудовлетворительным медицинским обслуживанием и питанием, осуществлямыми по принципу "остаточного распределения" (то, что не было реализовано на свободном рынке, поступает в места лишения свободы), обычным явлением бывает необоснованное применение физического насилия со стороны персонала охраны по отношению к заключенным лицам. Члены подразделений специального назначения в маскировочном снаряжении используют "специальные средства", чтобы принудить лиц, находящихся под следствием, к признанию вины или показаниям, отягчающим ответственность других лиц.

Однако для того, чтобы показать необходимость собственного омбудсмана для мест исполнения наказания и лишения свободы, вовсе нет необходимости предъявлять подобные, очевидные нарушения прав человека. Также и в среднеевропейских местах исполнения наказания и лишения свободы вполне может возникнуть ситуация, когда подозреваемый или осужденный содержится в причиняющих боль наручниках или кандалах, только лишь потому что его поведение по отношению к сотрудникам учреждения было агрессивным, ожесточенным или строптивым. В добавление к этому, ненасильственные санкции, примененные к заключенным, приводят к еще более тяжелым последствиям. Насильственный пространственный и личный разрыв с семьей, с друзьями и знакомыми, который естественно является следствием любого тюремного заключения, уже сам по себе

очень болезненен. Если ко всему этому еще и лишить заключенного возможности контакта путем переписки или свиданий, то при определенных обстоятельствах это приводит к чрезвычайно негативным воздействиям на его психику.

В виду повышенного потенциала опасности мест лишения свободы для лиц, содержащихся в них, обязательным условием даже для минимального успеха является возможность быстрого вмешательства независимой контрольной инстанции. Если же это возможно только после формального рассмотрения жалобы, которая к тому же проводится другими органами, как правило, бывает уже достаточно поздно.

Введение собственного омбудсмана для мест лишения свободы, в связи со специальным положением проблемы, которая в них доминирует, представляется более, чем уместной. Учреждениям омбудсмана общего направления, в основном, не представляется возможным оказывать действительную помощь в затруднительных положениях вследствие относительно тяжелого процесса рассмотрения ими вопросов, а также сильной перегруженности работой, обусловленной широтой компетенции. Также зачастую становится слишком поздно известно о сложившейся ситуации. В обширных по территории государствах необходимо также обратить внимание на разделение территориальных областей по подведомственности для того, чтобы в любой момент можно было достичь любого пункта с помощью общественных транспортных средств, что при определенных обстоятельствах делает необходимым создание многих омбудсманов подобного вида. Одновременно необходимо отметить, что омбудсманы, ответственные за места лишения свободы, могут и должны действовать не только на основе жалобы, но также и по собственному побуждению. Надо также рассмотреть возможность законного закрепления обязанности регулярной проверки условий содержания в местах лишения свободы. В заключении, омбудсману должна быть обеспечена возможность принимать в определенных рамках немедленные меры в том случае, если они ему представляются необходимыми. Например, если это касается улучшения конкретных условий содержания.

3. Омбудсман и отношения в особых учреждениях

Если в местах лишения свободы создание собственного омбудсмана делают необходимым внешние процессы и обстоятельства, неразделимо связанные с функциями учреждения и его внутренним распорядком, то в учреждениях, деятельность которых не связана с штрафными целями, эта необходимость диктуется,

большой частью, особенностью контингента, находящегося в этих учреждениях. Инвалиды, больные, несовершеннолетние и сироты, а также пожилые и беспомощные люди, как правило, не имеют возможности защитить и суметь сформулировать свои интересы так, как остальная часть населения.

Больной человек, к примеру, вырванный из своего привычного социального окружения и помещенный в медицинское учреждение, которое действует по определенным собственным правилам, которые чужды ему, включается в медицинский процесс, как объект врачебного искусства и лечения. В рамках его пребывания в отделении, больной должен проявить значительные способности к адаптации, что регулярно сопровождается огромными затратами энергии, а также психическим стрессом. Снижение индивидуальной самооценки в значительной мере происходит вследствие анонимизации и подчиненности повседневной работе отделения. Пренебрежение социальным и общественным уровнем пациента, которое еще больше усиливается за счет ограничения коммуникации, ставит его перед проблемой поиска новой идентификации в условиях медицинского заведения. В сфере медицинских учреждений хорошим считается тот пациент, который без вопросов принимает все, что с ним происходит, который не высказывает никаких собственных соображений, за исключением чего-либо существенного, касающегося данной системы. Рассмотрение вопроса по существу, и сложность структуры медицинских учреждений, с одной стороны, и обусловленная болезнью, эмоциональная нестабильность, усиленная ситуацией в больнице, с другой стороны, делают необходимым создание органа, который со знанием дела, но без личной и иной заинтересованности, перенимает защиту пациентов.

Сферу проблем особого рода представляют принудительно обоснованные условия санитарного права учреждений, которые даже в такой стране как Австрия, отличающейся своим положением формально-правовой государственности, не находят своего законного обоснования ни в материальной, ни в процессуальной области. Причиной этого является, прежде всего, существующая в этой сфере особая постановка задач. Задачи медицинских учреждений по лечению и уходу в большей мере диктуются специальными профессиональными правилами и мерами, которые в смысле бесконфликтной гарантии течения внутреннего рабочего процесса могут быть лишь переняты правовым порядком, но не заменены отдаленной от темы типизацией. В данном случае закон врядли может добиться большего, чем лишь принципиальное решение о том, должны ли приниматься отдельные меры и как. Не случайно, ни в

каком другом нормативном комплексе, не находится так много общих целевых предписаний, как в медицинском праве (не является исключением и Австрия)¹⁰.

Также европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) в случае Херчегфальви против Австрии¹¹ особо выделил значение принципа законности именно для лица, содержащегося в психиатрическом учреждении. Одновременно ЕСПЧ исключил возможность ослабления обязанности детерминированности из особых отношений власти. Ситуация была следующей: Херчегфальви, который был приговорен к длительному сроку лишения свободы, во время своего заключения совершил дальнейшие преступления. Поэтому после отбытия первого срока наказания, он продолжал содержаться в учреждении предварительного заключения. В последствии он был признан невменяемым и помещен в больницу для душевнобольных правонарушителей. Во время его пребывания в психиатрической клинике к нему применялись меры принудительного лечения. Среди прочих ему насильственным образом вводились успокоительные препараты и питательные средства. Также его временно изолировали и привязывали к смирительной кровати. Кроме всего этого также была значительно ограничена его переписка и доступ к средствам массовой информации. В этой связи ЕСПЧ заявил, что именно при проверке лечения пациентов психиатрических клиник рекомендуется повышенная бдительность в связи с характерной для этих пациентов слабостью и беспомощностью. Если пациенты не в состоянии самостоятельно принять собственное решение, то врачебной службе вменяется в обязанность, на базе общепризнанных правил медицинской науки, выносить решения о применяемых терапевтических средствах. При этом, однако, должна быть убедительно доказана медицинская необходимость проведения терапевтических мероприятий. Что касается вмешательства в переписку и в право на информацию, то ЕСПЧ постановил, что эта мера должна быть предусмотрена законом. Это означает, что вмешательства подобного рода требуют доступного и по содержанию точно сформулированного положения закона. Определяющие правила должны быть сформулированы таким образом, чтобы они предполагали защиту от произвола.¹²

4. Омбудсман и отношения власти в вооруженных силах

Военные отношения власти также причисляются по традиции к особым условиям власти. Для них было долгое время все-таки характерным (по сравнению с

¹⁰ Здесь Копецкий, Правомерность применения мер принудительного лечения I (1995) 370 ff.

¹¹ Журнал по вопросам европейского основного права 1992, 535

положением граждан в условиях гражданской государственной власти) отчетливое отставание основных прав и прав на свободу. Ограничение основных прав военнослужащих касается при этом только лишь действующих законов в военных подразделениях. В Германии даже после вступления в законную силу конституции находятся силы, которые представляют тезис о том, что властные отношения в вооруженных силах, как одна из предусмотренных и признанных конституцией структур, уже как таковая образует общие присущие ей ограничения основных прав. Из понятных соображений этот подход не находит сегодня больше последователей по одной простой причине, что он практически положил бы конец эффективности основных прав в военных отношениях власти.

Полная или, как минимум, продолжающаяся подчиненность военных подразделений гражданской государственной власти повлекла за собой, как следствие, переосмысление. Практически во всех европейских демократиях было устранено существовавшее особое положение военной сферы, и армия была включена в систему общего управления. Даже если основы материального и процессуального государственного права все еще отличаются от гражданского управления, все же, за счет этого включения, отношения власти в вооруженных силах много утратили от своей прежней жесткости и силы.

Для каждого, взятого в отдельности, военнослужащего сложные проблемы следуют, главным образом, из строгой дисциплинарной ответственности, которой он подчинен. Эта ответственность, обеспечивая в свою очередь осуществление и поддержание особого воинского порядка, делает возможным далеко идущие вмешательства в личную свободу военнообязанных. Нарушения военнослужащим своих служебных и соответствующих его званию обязанностей, также и в армиях западных государств, караются строгими мерами дисциплинарного и уставного характера, при этом также выносятся наказания, связанные с лишением свободы. До тех пор пока военное право в части дисциплинарного наказания законно отрегулированно, существует возможность проверки как основания для назначения наказания, так и его размера, связанной с соблюдением процессуальных формальностей. Впрочем действенность правовой защиты зависит при этом, главным образом, от качества находящихся в распоряжении механизмов правовой защиты. С вероятностью, граничащей с уверенностью можно сказать, что, составленный из военнослужащих особый суд, в случаях нарушения военных служебных предписаний, вынесет иное, чем независимый суд, решение.

¹² Это условие по мнению ЕСПЧ только в том случае исполняется, если соответствующее правило содержит данные о виде и цели, продолжительности и диапазоне допустимых ограничений, а также о

Совершенно очевидным является то, что каждый военнослужащий в отдельности в состоянии осуществить свои субъективные права только в той мере, в которой представляется возможность проверить военные акты на их правомерность. Быстрая и действенная процессуальная правовая защита именно для служащего, находящегося в условиях военной власти, имеет особое значение в связи с концентрацией государственной власти, который он подвергается, гораздо больше, чем гражданин в общих отношениях к государству. Некоторые государства пытаются учитывать то обстоятельство, что правовую защиту военнослужащих они считают обеспеченной за счет своеобразия и специфики военной службы. Так например, во всеобщих служебных инструкциях для австрийских военнослужащих предусматривается собственное право военнослужащего на подачу жалобы, согласно которому он имеет право как устно, так и письменно обжаловать касающиеся его недостатки и недочеты в области военной службы, в особенности пострадавший от несправедливости или вмешательства в его служебные полномочия. Таким же образом он может изложить обоснованные личные пожелания. Рассмотрение жалобы осуществляется или на уровне воинского подразделения или комиссией по рассмотрению жалоб, созданной при Министерстве обороны, в зависимости от того, идет ли речь об обычной или чрезвычайной жалобе. Хотя процесс по рассмотрению жалобы осуществляется в общих чертах по действующим процессуальным предписаниям общего закона, регулирующего порядок рассмотрения административных нарушений, согласно которому существует обязанность ведомств выяснить действительное положение вещей, однако обращение в суды общественного права по поводу рассмотрения жалобы в обоих случаях исключено.

Даже если сфера военных отношений во многих западных государствах действует по принципам правового государства и в широкой власти проникнута инструментами правовой защиты, то все равно благодаря своему принципиальному уважению к правовой защите выбранный пример Австрии тем не менее ясно показывает обусловленные системой слабости. Хотя если для каждого военнослужащего теоретически существует возможность подачи жалобы, на практике она используется по психологическим соображениям только лишь в экстремальных случаях. Военнослужащий, как никакой другой объект, находится по отношению к вышестоящему офицеру в условиях субординации и связан с исполнением его приказов. Жалоба, направленная против действий командира и которая должна быть рассмотрена в служебном порядке, уже непосредственно сама в себе несет зародыш будущих репрессий. В добавление к этому, следует опасаться, что чисто

внутрисистемный текущий контроль непременно приведет к таким последствиями, и поэтому не будут достигнуты действенные меры, как это происходит при независимом внешнем контроле.

Без сомнения, как катастрофическое можно обозначить то положение, которое господствует в военных организациях, лишенных какого-либо вида эффективно оформленной правовой защиты. В этой связи необходимо опять-таки сослаться на уже упомянутый отчет 1998 года уполномоченного по правам человека Российской Федерации Олега Миронова. В нем он ясно обращает внимание на продолжающиеся и последовательные нарушения прав человека в вооруженных силах Российской Федерации и других воинских формированиях. Он разоблачает жестокое обращение с новобранцами. Их беспричинное избиение стало уже массовым явлением. В связи с нарушениями прав человека, происходящими в рамках военной власти, господин Миронов выступает за создание ведомства особого уполномоченного по правам военнослужащих. Уже в 1996 году Председатель комиссии по правам человека при Президенте Российской Федерации Сергей Ковалев адресовал открытое письмо Борису Ельцину, в котором объяснил причины своей отставки. В этом письме, кроме всего прочего, он сообщил, что условия в российской армии со времени начала демократизации в России стали невыносимыми. Вместо того, чтобы модернизировать и реформировать военную систему, наблюдается возврат в средневековое состояние. Призыв на службу в армию производится принудительным образом. В связи с недостаточным жалованием, неудовлетворительными продовольственным снабжением и жилищными условиями солдаты и офицеры превратились в голодную, оборванную и обедневшую массу. Деградация, злоупотребления и коррупция стали встречаться в армии чаще, чем когда-либо ранее.

Не только существование этих условий, явно нарушающих основные человеческие права военнослужащих, но в целом в связи с экстремальными психическими и физическими нагрузками, которым подвергается военнослужащий в условиях злоупотребления военной властью, создание организации своего собственного военного омбудсмана, является не только целесообразной, но еще более, необходимой мерой. Омбудсмен должен быть обеспечен тем более о ширными содержательными полномочиями власти и действий, чем более низким является правовое проникновение в военную сферу соответствующей страны. Только таким образом может быть действительно гарантирована эффективность его деятельности. Ни к чему не обязывающие рекомендации или одна лишь обязанность составления отчетов именно в этих государствах определенно не являются достаточными для того,

чтобы действенно защищать солдат, подвергнутых угрозе принудительных насильственных действий, и воспрепятствовать нарушению прав человека.

Особенно ярким примером успешной деятельности военного омбудсмана является деятельность уполномоченного по обороне немецкого Бундестага, существующего с 1959 года и созданного по образцу, закрепленного в шведской конституции с 1915 года, военного омбудсмана. Он принимает меры не только по распоряжению парламента, а также на основании собственного решения, принимаемого им по долгу службы. Сфера его компетенции охватывает основные права военнослужащих и принципы внутреннего руководства армии. Для того, чтобы он на практике мог выполнять поставленные перед ним задачи, в его распоряжении имеется собственный отдел в Бундестаге с многочисленным квалифицированным штатом сотрудников. Даже в такой (относительно) хорошо организованной, с точки зрения правовой государственности, структуре, как армия, осуществление действенного контроля было бы невозможным. Уже количество заявлений, которые ежегодно должен рассматривать уполномоченный по обороне и штат его сотрудников достаточно убедительно говорят о необходимости этой организации. С момента создания этой институции в 1959 году количество этих заявлений увеличилось в 4 раза, и в настоящее время значительно превышает 10000-ную отметку.