

European Ombudsman Institute

Европейский Институт Омбудсмана

\* Europäisches Ombudsmann Institut

Institut Européen de l'Ombudsman

Istituto Europeo dell 'Ombudsman

Instituto Europeo del Ombudsman

**VARIA** 55 (R)

Профессор Вальтер Халлер

## **Иерархическая структура учреждений омбудсмана?**

Девиз ЕИО:

- всё изучать
- всё сравнивать
- выбирать лучшее
- выступать в защиту лучшего

**EOI**

## Иерархическая структура учреждений омбудсмена?

Доклад в Инсбруке на внеочередном Общем собрании ЕИО 1-го апреля 2006 года

Я с удовольствием откликнулся на приглашение правления и на сегодняшнем общем собрании поделюсь с Вами несколькими размышлениями об иерархической структуре учреждений омбудсмена. Я задался целью разработать критерии, определить тезисы и побудить Вас к, надо надеяться, интересному обсуждению. Однако, пожалуйста, не ожидайте от меня никаких универсальных рецептов или тем более уже готовых решений. Сравнительное изучение учреждений омбудсмена во всем мире продемонстрировало мне, что центральная идея этого важного учреждения – *дополнительная правовая защита по отношению к органам исполнительной власти легко достижимой для граждан и одновременно независимой инстанцией* – может быть реализовано различными способами. Формы и методы, которые оказались пригодными в одной стране, необязательно годятся для переноса без изменений в другую правовую систему с другой политической традицией и различными экономическими и социальными данностями. Каждый законодатель, который разрабатывает закон об омбудсмене, должен найти решение, подходящее к конкретной ситуации.

Позвольте начать с определения понятия, *дефиниции*. Слово «иерархия» происходит из греческого языка. В целом мы понимаем под этим *жесткую систему очевидного главенства и подчинения*, которая была типична, например, для феодальной системы средневековья. Её можно наглядно представить в виде *пирамиды*: на самом верху император или король, в самом низу крестьяне и крепостные, а между ними дворянство. Католическая церковь с папой во главе пирамиды также имеет ярко выраженную иерархическую структуру. Самая важная цель демократического движения современности состояла в демонтаже излишних иерархий, по крайней мере, в светской среде. Однако и современная демократия также не обходится без иерархических структур. В армии они просто необходимы. На официальном сайте австрийского федерального министерства обороны я прочёл: «Порядок прежде всего. Каждое успешное предприятие строго организовано и отличается иерархическим порядком – таковы и австрийские федеральные вооружённые силы». Как мы знаем, *органы государственного управления*, как правило, также имеют иерархическую структуру, когда каждая инстанция органов государственного управления подлежит надзору вышестоящей инстанции и должна исполнять её указания; при этом правительство представляет собой вершину пирамиды.

Эта модель ни в коем случае не является недемократичной, а позволяет реализовать задачи исполнительной власти, когда правительство должно отвечать перед избранным народом парламентом и общественностью за всё то, что происходит в собственном доме, то есть в пределах данной пирамиды. Это может даже привести к тому, что, например, в Японии министр путей сообщения уходит в отставку, если какой-нибудь небрежный машинист локомотива совершил тяжелую железнодорожную аварию.

То, что является эликсиром жизни для армии и органов государственного управления, т. е. просто необходимо для их существования, стало бы, однако, ядом для *юстиции*. Ибо *независимость судей* – это необходимый элемент каждого правового государства, в котором все носители государственной власти, даже Буш, Путин или Ширак, ответственны перед законом – это факт, который иногда доставляет заботы не только господину Берлускони. В демократическом конституционном государстве с разделением ветвей власти этот закон определяется избранной народом законодательной властью, исполняется и воплощается в жизнь исполнительной властью, и в спорных случаях независимые суды на основании конституции и закона определяют то, что диктует право в конкретном случае. Судейская независимость действительна не только по отношению к другим государственным органам, но и в отношении судов друг с другом. Хотя решения нижестоящих судов и могут быть обжалованы в судах более высокой инстанции, и в этом отношении образ пирамиды может быть использован и для юстиции, тем не менее, общепризнанно то, что суды более высокой инстанции не должны вмешиваться в процесс, рассматриваемый нижестоящим судом. Они не могут давать указаний судам нижестоящей инстанции о том, какие решения им следует принять в ходе процесса. Только тогда, когда уже имеется вердикт суда первой инстанции, и только тогда, когда он своевременно был обжалован, суд более высокой инстанции может вновь рассмотреть решение и в случае одобрения апелляции отменить его, видоизменить или вернуть для нового рассмотрения в суд предыдущей инстанции. Ступенчатое строение судов, служащее на благо правовой защиты индивидуума и унифицированной судебной практики так называемое прохождение по инстанциям, не представляет собой, таким образом, подлинной иерархии с элементами главенства и подчинения.

А как обстоят дела с институтом омбудсмана? Такой вопрос возникает в тех случаях, когда в одной стране действуют несколько учреждений омбудсмана на различных уровнях государственной власти, как, например, в Австралии, Австрии и России наряду с национальным учреждением омбудсмана также существуют омбудсмены на уровне

субъектов федерации или как в Нидерландах и Швейцарии, а в последнее время особенно в Италии – даже муниципальные омбудсмены. Этот вопрос в последнее время обсуждался, особенно в связи с предусмотренными изменениями конституционного закона «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации», а также закона об омбудсмене по правам человека в Боснии и Герцеговине. Может ли региональное учреждение омбудсмена, так сказать, подчинено национальному омбудсмену? Должен ли Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации координировать деятельность Уполномоченных по правам человека в субъектах Российской Федерации, должен ли он иметь право даже давать им инструкции? И кто будет представлять всех омбудсменов страны в международных органах и коллегиях? Должны ли действия омбудсмена Республики Сербской быть сначала одобрены национальным омбудсменом? Не противоречит ли вклинивание такого фильтра и представительская монополия национального омбудсмена, не учитывающая его коллег, действующих на региональном уровне, нашему пониманию задач и функции учреждений омбудсмена в федеральном государстве?

Чтобы ответить на эти вопросы, мы должны поразмыслить над тем, *какие функции должен исполнять омбудсмен в демократически устроенном государстве с разделением властей*. Очевидно, этот институт не совсем вписывается в систему Монтеスキе разделения властей между законодательной властью, исполнительной властью и юстицией. Задачи учреждения омбудсмена разнообразны и отчасти не совпадают с таким традиционным функциям государства, как законодательство / управление / отправление правосудия. То, чем занимается омбудсмен, не подходит ни к одной из этих категорий. Общим для существующих сегодня парламентских учреждений омбудсмена является то, что они являются государственными органами, которые не относятся к органам государственного управления, действуют преимущественно по заявлениям и жалобам граждан с целью достижения законности, корректности и справедливости в действиях органов исполнительной власти, при этом, однако, не могут отменять или пересматривать никаких распоряжений органов государственного управления, а после выяснения положения вещей дают советы, играют роль посредников, в случае необходимости высказывают обоснованную критику или дают рекомендации и, по меньшей мере, ежегодно представляют парламенту отчет о своей деятельности.

При более близком рассмотрении можно констатировать, что существуют *различные типы* учреждений омбудсмена. Когда этот институт впервые был создан в 1809 году,

авторы шведской конституции усматривали основную задачу «омбудсмена юстиции» в том, чтобы преследовать виновных чиновников-управленцев и даже судей и подавать на них иски в суды соответствующей инстанции. Эта *прокурорская функция*, которая раньше на международных конференциях вновь и вновь давала повод для неоднозначных сравнений с прокуратурой в коммунистических государствах, уже вскоре сменилась практикой, когда омбудсмен при незначительных нарушениях служебного долга ограничивался протестом, предостережением или напоминанием. Финляндия учредила омбудсмена в 1919 году и при этом в значительной мере ориентировалась на шведскую модель. В обоих этих государствах учреждения омбудсмена и сегодня по-прежнему считаются «контролирующим органом риксдага», действующим словно «удлиненная рука» парламента. Трудно не заметить параллели с основной идеей, лежащей в основе немецких комитетов по рассмотрению петиций – разумеется, с тем значительным отличием, что омбудсмен не является членом парламента.

Всемирное распространение института омбудсмена началось только после 1950 года, после того, как Дания третьей учредила омбудсмена. Важным для дальнейшего развития было создание новозеландского омбудсмена в 1962 году. Эта модель, осознанно опиравшаяся на датскую, в свою очередь повлияла на Великобританию и другие государства с выраженными традициями англосаксонского общего права (Common Law). «Датско-новозеландская модель» отличается от «шведско-финского типа» *более сильной направленностью на правовую защиту индивидуума*. Это основано на осознании того, что граждане и гражданки в современном, высокотехнологичном и развитом государстве должны иметь легкий доступ к государственному органу, независимому от правительства и органов государственного управления, который помог бы им решать проблемные случаи с органами исполнительной власти, причём, одновременно в качестве побочного эффекта мог бы вскрывать и с необходимой энергией оспаривать промахи в работе административного аппарата. Когда позднее в Канаде и Австралии были созданы учреждения омбудсмена, то многие из тех, кто был в этой должности, сделали основной акцент на свою роль в качестве *посредника между гражданином и органами исполнительной власти и государственного управления*. Иногда в официальных названиях проявляется то, что в некоторых странах и провинциях при внедрении нового института предусматривали, прежде всего, его функцию как адвоката граждан: «Volksanwalt» («Народный адвокат») в Австрии, «Defensor del Pueblo» («Народный защитник») в Испании, «Protecteur du Citoyen» («Защитник граждан») в канадской провинции Квебек. Разумеется, деятельность омбудсмена не может быть односторонне направлена против органов государственного управления; не смотря на то, что в центре его внимания

находятся граждане, ищущие законной справедливости и помощи, в круг его задач входит и защита органов государственного управления от необоснованных жалоб. Омбудсмен не является противником исполнительной власти!

Когда в 1988 году на четвёртой международной конференции омбудсменов в Канберре мне довелось прочитать доклад о роли омбудсмана в различных странах мира, то перед этим я провёл опрос среди всех омбудсменов, находившихся тогда в должности. На вопрос о том, что они рассматривают в качестве своей основной задачи, большинство должностных лиц ответили, что одинаково важны как надзорная функция, так и задача достижения удовлетворительного решения для гражданина. НОРМАН ДЖЕШК, тогдашний омбудсмен австралийского штата Виктория, абсолютно точно сформулировал эту *двоякую функцию*. Он чётко описал свою задачу следующим образом:

«Заявитель утверждает, что с ним противоправно обошлись. Я выясняю, соответствует ли действительности это обвинение. Если да, то я стараюсь помочь; в противном случае я беру под защиту орган исполнительной власти и сообщаю об этом. Если это необходимо для устранения найденного недочёта, то я ходатайствую об изменении практики или закона».

В определённых случаях деятельность учреждения омбудсмана едва отличается от развитого в последнее время метода решения конфликтов под *ключевым словом медиация (посредничество)*. Во Франции и в Париже омбудсмен даже официально называется «Médiateur». В других же случаях на переднем плане находится административный контроль, который при соответствующем результате проверки может привести к конкретному опротестованию и критике в годовом отчёте, направляемом в парламент.

У всех вышеописанных типов омбудсмана, на мой взгляд, прослеживаются следующее общие черты: Почти во всех случаях, даже в Швеции и Финляндии, первый импульс для вмешательства омбудсмана исходит от граждан. Тем самым процесс словно *сфокусирован на правовую защиту в конкретном единичном случае*. При этом следует учесть, что омбудсмен *независим от других государственных органов* и отвечает только перед законом и правом, даже если он обязан отчитываться перед парламентом об исполнении своих служебных обязанностей. Все это *приближает данный институт к органам юстиции и свидетельствует не в пользу иерархизации*, какой бы адекватной она ни была, когда речь идёт – как в управлении или при преследовании правонарушений – о том, чтобы по возможности повсеместно и единообразно осуществлять и добиваться законности в силу занимаемой должности.

Важную роль при оценке того, допустима ли иерархизация учреждений омбудсмана страны или от неё следует отказаться, играет понятие, которое я пока не упоминал, а именно *внутренняя структура государственной организации*. При этом я имею в виду основополагающее для конституционного права разграничение между унитарными государствами и федерациями; конфедерации мы можем оставить без внимания, так как они представляют собой не одно государство, а основанный на международном праве союз государств. В *унитарных государствах* как Франция или Польша государственная власть сконцентрирована на одном уровне, и все важные нити сходятся в столице, в центре, где размещается правительство. В отличие от них, государственная власть в *федеративных государствах* как Германия, Австрия, Канада, Австралия или Швейцария разделена между государством в целом и субъектами федерации. Субъекты в составе такого федеративного государства имеют собственную конституцию, в значительной степени автономны, сами решают собственные задачи и непосредственно участвуют в формировании решений на общенациональном уровне. Невозможно абсолютно чётко разграничить эти виды государств. Прежде всего, потому, что унитарные государства могут сделать шаг в направлении федерации, создав автономные регионы и наделив их существенными правами и полномочиями, как это произошло в Италии и ещё более выражено в Испании; кроме того, в обоих этих государствах определённые регионы, как Триент – Верхний Эч (Южный Тироль), Каталония и Страна Басков имеют даже особый автономный статус, что усиливает федералистский компонент и, во всяком случае, стирает грани «унитарной федерации».

Выше я привел в качестве примера несколько стран и при этом не упомянул очень важное государство, а именно Россию. Является ли Россия федерацией или более или менее децентрализованным унитарным государством? Пытаясь ответить на этот вопрос, мы не можем просто ориентироваться на текст конституции, а должны принимать во внимание реальную конституционную действительность. Во времена Советского Союза, вплоть до перестройки, действовала конституция Союза Советских Социалистических Республик 1977 года, которая утверждала наличие федерации (статья 70) и в статье 72 даже гарантировала каждой союзной республике право на свободный выход из СССР! В действительности, как известно, всё выглядело иначе. Прежде всего, предусмотренное в тексте конституции федеральное государственное устройство с разделением ветвей власти полностью контролировалось одной партией с политбюро и центральным комитетом во главе, строго иерархически организованной и живущей по принципам «демократического централизма». При этом важным инструментом партии была и армия тысяч прокуроров с

Генеральным прокурором во главе, которые контролировали всё, вплоть до низших территориальных единиц, с тем, чтобы все органы власти ориентировали свою деятельность на цели партии. Сегодня конституционное право и конституционная действительность в России выглядят иначе. Конституция Российской Федерации 1993 года, не смотря на значительную концентрацию власти у президента, содержит много демократических и федералистских элементов, которые после преодоления коммунистического однопартийного господства имеют гораздо больше шансов, чтобы определять даже политические будни. То, насколько успешно идеи федерализма смогут одержать верх, будет определяться кроме всего прочего уровнем предоставленной субъектам федерации автономии, значимостью Совета Федерации в государственной системе власти, но и будущим развитием института Уполномоченных по правам человека. Когда мы говорим о федеративном государстве, то речь идёт о большем, нежели только об организационных структурах государственного устройства. Федерализм – это *всеобъемлющая идея государственного устройства*, идея, которая основывается на *принципе субсидиарности*: согласно ему территориальные сообщества – муниципалитет, регион, субъект федерации – в принципе должны иметь возможность решать свои вопросы самостоятельно; соответственно на более высокий общенациональный уровень следует выделять только те задачи, которые не под силу решить данному территориальному сообществу. Говоря конкретно о федерации: федеральные земли, субъекты федерации, провинций, кантоны, как бы ни назывались её члены, должны выполнять по собственному усмотрению и силами собственных государственных органов те задачи, с которыми они в состоянии справиться и которые необязательно требуют общегосударственного унифицированного регулирования. В тех случаях, когда конституция выделяет какую-то сферу – например внешнюю политику, оборону страны или экономическую политику – в ведение федерации, субъекты федерации должны иметь возможность волеизъявления на национальном уровне, например, в палатах или советах федерации и обладать правами участия в формировании федерального законодательства. Федерализм не ограничивается субъектами федерации: федералистской идее соответствует также по возможности более далеко идущая автономия муниципалитетов при решении местных задач.

Дабы предотвратить недоразумения с терминологией, на этом международном, многоязычном форуме следует отметить, что английское слово «federalism» не соответствует немецкому «Föderalismus». Это связано с тем, что в период основания США в конце 18 столетия так называемые «федералисты», которые, в конце концов, победили в



конвенте Филадельфии, выступали за создание сильной федеральной власти, в то время как «анти-федералисты» под руководством Томаса Джефферсона настаивали на суверенитете членов федерации. Когда в наше время англичане стремятся к тому, чтобы Европейский Союз не становился «federation», то они выступают против тенденций в Брюсселе, воспринимаемые ими как слишком централистские. Мы же применяем этот термин, чтобы отличать «федеральное» от централизованного унитарного государства.

На основании моих размышлений в связи с государственной организацией я делаю вывод, что иерархическая структура учреждений омбудсмена в федерациях, а также и в децентрализованных унитарных государствах с сильной автономией регионов весьма неуместна. Учреждения омбудсмена в субъектах федерации, регионах и даже муниципалитетах – это существенный элемент системы органов власти соответствующих территорий, парламентам которых они регулярно представляют отчёты о своей деятельности. Идею федерализма более всего соответствует такое положение вещей, когда омбудсмен избирается парламентом данной конкретной территории, без влияния национального омбудсмена или другого центрального органа, что гарантирует его демократическую легитимность, и когда он подотчётен только своему выборному органу. Логично, что эти представления действительны и для комитетов по рассмотрению петиций в немецких федеральных землях. Земельные парламенты были бы с полным основанием возмущены, если бы они могли выбирать членов своих петиционных комитетов только из списка предложенных кандидатов комитета по рассмотрению петиций Германского Бундестага!

*Федералистские структуры служат разделению ветвей власти:* Наряду с классическим горизонтальным разделением ветвей государственной власти между законодательной властью, исполнительной властью и юстицией существует и вертикальное разделение власти. Путём распределения государственной власти на различные ступени создаются новые средства для её сдерживания и контроля. В то же время, такое вертикальное разделение власти обеспечивается сильным федеральным контролем и надзором за исполнением законов. Вероятно, Вы здесь возразите, что органы федерального надзора необходимы для обеспечения того, чтобы субъекты федерации в действительности решали переданные им задачи и чтобы они не нарушали федеральное законодательство при решении своих внутренних вопросов. Кроме того, Вы могли бы привести ещё и тот аргумент, что для федераций совершенно нормально, что даже решения независимых региональных судов в интересах индивидуальной правовой защиты, а также

унифицированного и одинакового юридического применения федерального законодательства могут быть переданы в высший национальный суд. Все эти возражения неуместны, если мы применяем их в связи с учреждением омбудсмена. Ибо *омбудсмен не может принимать никаких определяющих решений*, которые могли бы быть отменены в рамках федеральных санкций или судебных процессов. Один новозеландский учёный более 40 лет назад несколько непочтительно сравнил омбудсмена со сторожевой собакой, которая сидит на цепи: он может лаять, правда не кусает! Мы, конечно, знаем, что этот лай может быть очень эффективен. Ибо в силу авторитета предоставленной ему – в большинстве случаев парламентом – должности, его процедурных возможностей для расследования положения вещей и его предметной компетенции он в состоянии посредством протестов, предостережений, наставлений, а также путём посреднических усилий внести существенный вклад в «good governance», т. е. для того, чтобы органы государственного управления действовали законно и справедливо. Одновременно вследствие этого он усиливает парламентский контроль над исполнительной властью на том уровне, на котором он действует. Ибо его отчёты дают возможность парламенту основательно разобраться в механизмах работы органов государственного управления и их слабых местах, что для отдельного депутата было бы весьма трудно. Инструкции «сверху» в высшей степени препятствовали бы этой деятельности на службе гражданам и парламенту и, конечно же, не содействовали бы ей.

Особенно важна независимость регионального учреждения омбудсмена от вмешательства и контроля из центра, на мой взгляд, там, где преобладающая часть населения субъекта федерации образует *этническое, религиозное или прочее меньшинство*. Мы находим примеры таких субъектов не только в России и Боснии-Герцеговине, но и, например, в Италии и в Швейцарии. В этих случаях структуры, основанные на принципах федерализма, замечательным образом служат лучшей интеграции политических меньшинств в совокупную систему, когда требуется особая сдержанность в том, что касается вмешательств из центра.

Наконец, следует подчеркнуть *взаимосвязь между федерализмом и демократией*. Структуры и процессы принятия управленческих решений, основанные на принципах федерализма, расширяют возможности демократического участия, так как при этом создаются обозримые и функциональные сферы деятельности. Депутаты региональных представительных органов ближе к своим избирателям и избирательницам, чем национальный парламент. *Учреждение омбудсмена также вносит вклад в*

демократизацию, ибо гражданин без труда может туда обратиться, а в условиях небольшой удалённости возможен намного более непосредственный контакт между омбудсменом и его «клиентами». Это объясняет то обстоятельство, что муниципальные – а в Швейцарии даже и кантональные – омбудсмены очень часто лично принимают своих посетителей и работают с ними. В то же время национальный омбудсмен в стране с большим населением вынужден в значительной степени поручать столь важную для заявителей «повседневную работу» своим сотрудникам, деятельность которых он как менеджер направляет и контролирует, а сам наряду с этим заботится, прежде всего, о внешних связях. Бывают национальные омбудсмены, которые почти не видят живьём реальных заявителей! Указания и проверки восседающего в Олимпе национального Уполномоченного по правам человека, который находится вдалеке от места событий, не должны препятствовать *доверительным личным отношениям* между действующим на «нижестоящем уровне» омбудсменом и его клиентами. Омбудсмен должен быть подотчётен только своему собственному парламенту, который заслушивает, обсуждает, критически проверяет его отчёты, даёт советы и в случае необходимости может обратиться к санкциям, когда сокращается бюджет омбудсмента или он не будет переизбран.

Не нужно оспаривать то, что *в рамках одного учреждения омбудсмента* одно и то же лицо председательствует и представляет учреждение вовне. Так, например, в Швеции действуют четыре омбудсмента юстиции, а в Австрии на федеральном уровне три народных адвоката, причём один из них при этом является председательствующим омбудсменом. Тем не менее, особенно в случае Австрии я не стал бы говорить при этом об иерархии; ведь принципиальное равноправие выражается в том, что ежегодно председательство чередуется (как сторонний наблюдатель я не могу оценить, существуют ли для этого ещё и партийно-политические причины!). И всё же определённая иерархия существует там, где как в Нидерландах или в кантоне Цюрих назначается представитель или заместитель омбудсмента, который действует только в рамках переданных ему от омбудсмента полномочий или в его отсутствие.

Даже на самом низком уровне муниципалитетов омбудсмен, наделённый необходимой независимостью, выполняет задачи, которые с количественной точки зрения равноценны задачам национального омбудсмента. Поэтому не существует никаких причин, чтобы исключать действующих омбудсменов из *участия в международных форумах и*

*международных конференциях* только потому, что они работают на нижестоящем уровне государственной системы. В этом отношении следовало бы критически поставить под вопрос ограничительную практику Международного института омбудсмена.

В нескольких государствах омбудсмен имеет право запускать в ход *процесс пересмотра нормативных актов в конституционном суде*. Например, это возможно в Австрии, Испании, Португалии, Польше, Венгрии и Украине. Если это право существует, то мне кажется рациональным, чтобы омбудсмен субъекта федерации также мог непосредственно, без промежуточного подключения федерального омбудсмена, обращаться в суд – эта возможность предусматривается австрийской конституцией для народных адвокатов страны (статья 148i в сочетании со статьей 148e). Это соответствует характерной черте федерации, когда субъекты федерации вовлекаются в принятие решений на национальном уровне. Мне кажется менее адекватным предусмотренное в Боснии-Герцеговине правило, согласно которому омбудсмены нижестоящих областных единиц могут обращаться в высшие судебные инстанции со случаями нарушений прав человека только через общегосударственного омбудсмена (статья 14 в сочетании со статьей 6 Preliminary Draft Organic Law for the State Ombudsman).

Эффективность омбудсмена в значительной степени зависит от способностей и личностных качеств находящегося в этой должности лица. Наряду с замечательными омбудсменами, возможно, существуют и такие, которые при исполнении своих служебных обязанностей заслуживают только лишь оценки «хорошо». Однако, это, конечно же, никак не связано с тем, на каком уровне в государственной системе осуществляется эта деятельность. И муниципальные омбудсмены – а один пример я хорошо помню – могут задавать международные стандарты и становиться образцом даже для национального омбудсмена.

Вальтер Халлер, 23 марта 2006 года