

European Ombudsman Institute

Европейский Институт Омбудсмана

• Europäisches Ombudsmann Institut

Institut Européen de l'Ombudsman

Istituto Europeo dell 'Ombudsman

Instituto Europeo del Ombudsman

VARIA ⁹
54 (R)

Магистр Доктор Николаус ШВЕРЦЛЕР

Роль Конституционного суда и омбудсмана в вопросе защиты прав человека

Девиз ЕИО:

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

EOI

Конференция 5 и 6 октября 2007 года в Ереване на тему

Роль Конституционного суда и омбудсмена в вопросе защиты прав человека

Доклад магистра доктора Николауса Швэрцлера

Народный адвокат федеральной земли Форарльберг в отставке,

бывший президент Европейского института омбудсмена

(в настоящее время его исполнительный директор и член Правления),

внештатный преподаватель правовых основ народной адвокатуры и омбудсмена в университете Инсбрука

Конференция на эту тему первоначально была запланирована в сотрудничестве с омбудсменом Польши. И вот теперь она организована в Ереване, только сегодня несколько иначе расставлены акценты. В Армении, стране, к которой я очень привязан, я нашел несколько лет назад символ омбудсмена, который Европейский институт омбудсмена будет использовать как свой символ и как знак признания и уважения заслуженных омбудсменов в связи с 20-летним юбилеем института. Поскольку для этого символа используется материал из этой страны, и изготавливаться он будет также в Армении, Вы мне, конечно же, позволите коротко его описать:

Он будет состоять из пластины с вогнутым углублением и шара, и то и другое из чудесного чёрного вулканического стекла – обсидиана. Вогнутое углубление пластины будет иметь несколько больший радиус, чем шар, и тем самым шар имеет определённую свободу для движения в вогнутом углублении. Пластина с углублением символизирует собой конституционный порядок и законность, имеющие ключевое значение для работы омбудсмена и дающие ему определённую свободу действий. Его задачей и долгом является использование этой свободы в интересах гражданина. Если же омбудсмен ступает за грань дозволенного, то тем самым он покидает пределы той свободы, которой он наделён и тогда он больше не служит ни праву, ни человеку и делу. В рамках закона омбудсмен свободен, но и ему, всё же, не позволительно выходить за эти рамки. То есть в тех случаях, когда омбудсмен заявляет органам исполнительной власти: «Мне всё равно, как вы это делаете, я хочу видеть только результат!», то он превышает пределы своих полномочий, поскольку он должен проверить – а допускает ли закон тот результат, который ожидает гражданин, и обязан предложить органам исполнительной власти те мероприятия, какие можно и нужно предпринять. Задача избранного символа –

напоминать омбудсмену о границах его компетенции и призывать его использовать свою свободу в интересах гражданина, подавшего ему жалобу.

Выбранная для нынешней конференции тема содержит, по меньшей мере, четыре сферы, которые могут рассматриваться отдельно, и каждая из которых при достаточном времени подготовки могла бы составить материал для отдельной конференции. Вошедшие в эту работу выводы были получены в результате контактов с Конституционными судами, с бывшими омбудсменами, с членами ЕИО и с учреждениями омбудсмена на региональном уровне нескольких стран.

Тема может рассматриваться:

- а) с точки зрения политиков, которые создали предпосылки такого сотрудничества либо как раз не готовы их создавать;
- б) с точки зрения омбудсмена, органа, который должен иметь право использовать это сотрудничество;
- в) с точки зрения Конституционных судов, которые являются партнёрами в этом сотрудничестве;
- г) с точки зрения граждан, которым это сотрудничество должно целенаправленно помогать.

Лишь в немногих случаях широкого спектра своих задач омбудсмен не обязан давать рекомендации органам исполнительной власти, в частности тогда, когда законодательные рамки дают ему возможность сотрудничества с другим органом, который вправе производить специальные действия или принимать решения в ответ на запрос омбудсмена, будь то

- а) путём простого уведомления о положении вещей, которое побуждает другой орган к дальнейшим действиям (это может быть дисциплинарный орган, органы правосудия и исполнения наказаний, но могут быть также и правительство или парламент, если речь идёт о законодательных инициативах), или
- б) путём заявления омбудсмена в другой орган с просьбой проверить качество нормативного правового акта и по необходимости полностью или частично его отменить либо найти решение в конкретном спорном вопросе между омбудсменом и органом исполнительной власти.

На основании более широкого обсуждения темы этой конференции проистекает убеждение, что во всех случаях, когда это может быть признано рациональным, высшие органы должны взаимодействовать друг с другом, чтобы иметь возможность использовать специфические знания и компетенцию другого высшего органа. Таким образом, омбудсмен должен иметь доступ к любому высшему органу, чтобы иметь возможность запросить ответ на вопросы, которые подпадают в сферу компетенции другого высшего органа и в то же время имеют значение для работы омбудсмента. Если ввиду особого стечения обстоятельств дела у другого органа нет возможности дать ответ, то должна быть предусмотрена возможность отказа в исполнении заявления омбудсмента.

Тезис 1: Омбудсмен должен иметь доступ не только к Конституционному суду, но и к другим высшим органам, чтобы иметь возможность запросить ответ на значимые для омбудсмента вопросы, относящиеся к компетенции другого высшего органа.

Задача этой конференции мне видится не столько в том, чтобы собирать и перечислять факты, сколько в том, чтобы оценить эти факты и сделать на основании этого выводы.

По-прежнему правильное – хотя и ставшее слишком коротким – определение понятия омбудсмен, которое выработало Международное объединение адвокатов в 1973 году, исходит из того, что омбудсмен – это высший орган, то есть орган, решения которого не подлежат обжалованию. Не может быть сомнения и в том, что деятельность любого высшего органа в структуре государства (называемого в немецкоязычной традиции также «органом последней инстанции») должна в основных чертах регулироваться в полном соответствии с его положением не «простым» – то есть принятым простым парламентским большинством – законом, а законом, имеющим уровень конституционного. Например, положения об омбудсмене кантона Цюрих были первоначально лишь частью закона об административной судебной системе этого кантона. И, несомненно, самым большим успехом за время пребывания в должности омбудсмента Маркуса Кэги явилось то, что ему удалось добиться от парламента принятия нормативной основы его работы уже на уровне конституционного закона. Тот факт, что согласно сравнительному юридическому анализу, проведённому в университете Вены, примерно в одной трети стран с учреждениями омбудсмента нормативные основы их деятельности не имеют уровня конституционных законов, должен стать для нас стимулом прилагать все усилия, чтобы исправить эту

неутешительную ситуацию. В данном случае я имею в виду, что с помощью соответствующей специальной литературы следует пытаться убедить ключевых политиков, с тем, чтобы они увидели положительный смысл таких изменений и решились на их осуществление.

Имея шанс с помощью других высших органов – в данном случае путём обращения в Конституционный суд – добиться решения, имеющего обязательную силу, омбудсмен может достичь вне области мягкого права („soft law“) более сильного результата, чем просто его рекомендация.

Тезис 2: Прежде всего, международным учреждениям необходимо прилагать все усилия для убеждения государств-членов Совета Европы в том, что нормативные основы работы омбудсмана должны иметь уровень конституционного закона, в том числе для того, чтобы высшие органы говорили друг с другом на равных.

На этом месте невольно напрашивается следующее замечание: эта конференция проходит в стране молодой демократии, в одной из тех стран, которые зачастую называют странами переходного периода, то есть находящимися в процессе перехода к современной демократии и господству принципа правового государства. При этом образцами, в общем и целом, являются западноевропейские демократии. Позвольте мне использовать образ преподавателя и ученика: мы сейчас наблюдаем ситуацию, когда почти все ученики создали у себя Конституционные суды, в то время как далеко не все преподаватели располагают такими гарантом верности конституции и принципа правового государства. Кроме того, в странах учеников почти все учреждения омбудсмана имеют доступ к этому гаранту демократических устоев, в странах же преподавателей это распространено не повсеместно. Не смотря на то, что мне вполне известны различия в условиях стран преподавателей и учеников, это, тем не менее, наводит меня на размышления. В странах без Конституционных судов мы спросили палаты адвокатов о том, могут ли они себе представить, что Конституционные суды в состоянии иметь большое значение в частности для работы омбудсмана. Наиболее яркий из отрицательных ответов заключался в том, что Конституционные суды якобы подрывают авторитет парламентов. Возможно, сами учреждения омбудсмана в этих странах могли бы внести вклад в изменение такого общественного сознания. Это ситуации, которые заставляют задуматься.

И ещё один провокационный вопрос: существует ли некое соперничество между Конституционными судами и учреждениями омбудсмана, некая ревность? Конституционные суды считают, что возросшая степень известности института омбудсмана не приведёт к увеличению количества запросов в Конституционный суд со стороны омбудсмана. Следует ли понимать это высказывание как превентивное по отношению к опасному конкуренту? Один весьма опытный бывший омбудсмен из Швейцарии предостерег от того, чтобы ожидать слишком широкой поддержки от судов, поскольку они сами предлагают свои услуги на рынке решения конфликтов. Однако я уверен, что эти опасения не касаются судов уровня конституционных. Кажется, существует потребность в том, чтобы сами учреждения омбудсмана осознали смысл своего сотрудничества с другими органами последней инстанции, особенно с Конституционными судами.

Теперь, однако, обратимся к дальнейшим аспектам конкретного сотрудничества.

Следующая тема в контексте сотрудничества омбудсмана и Конституционного суда касается фактического использования полномочий. Это является, пожалуй, самой щекотливой темой, именно поэтому до сих пор нет никаких сведений, собранных помимо отчётов самих омбудсменов о своей деятельности. Вопрос заключается в том, использует ли омбудсмен предоставленные ему полномочия, в каком количестве случаев и с каким успехом, причём вопрос успеха имеет наименьшее значение.

В ответах Конституционных судов об их точке зрения на взаимоотношения между ними и омбудсменом, говорилось в том числе и о том, что сам омбудсмен должен обладать юридическими знаниями. Для этого существуют веские причины, и это требование нашло отражение во многих законодательных актах об омбудсмене. Один омбудсмен с двумя высшими образованиями, в том числе и юридическим, убедительно утверждал, что ему было бы гораздо сложнее защищать права граждан, если бы он имел меньше правовых знаний. Если омбудсмен не располагает собственными глубокими юридическими знаниями, то он не сможет самостоятельно заметить ошибочность того или иного нормативного правового акта, и тогда ему необходимо наличие юридически подкованного «второго я», с которым его собственное чутьё на проблемные случаи образовывало бы некое единство. Рассмотрение вопроса в Конституционном суде требует глубоких процессуально-правовых знаний и зачастую можно наблюдать робость сделать шаг в

направлении Конституционного суда, поскольку отрицательное для омбудсмена решение Конституционного суда поставило бы его в неловкое положение.

В мою бытность народным адвокатом австрийской федеральной земли Форарльберг я проиграл 12 процессов в Конституционном суде, правда, в то же время выиграл 19. Мои коллеги из федеральной народной адвокатуры в Вене вскоре после создания их учреждения подали заявление о проверке одного из постановлений исполнительной власти, и Конституционный суд тогда вынес решение не в их пользу. Мне же посчастливилось выиграть первые три процесса, и мой коллега из Вены сказал мне: «Теперь и мы снова осмеливаемся подавать заявления на рассмотрение наших вопросов в Конституционном суде». Тот факт, что Конституционный суд не вынес решение в их пользу по тому первому заявлению, вовсе не означал, что заявление было плохо сформулировано (оно было профессионально и точно составлено), а означал только то, что Конституционный суд был другого мнения. Я не перестал даже после проигранных процессов подавать заявления в Конституционный суд всякий раз, когда был убеждён, что тот или иной спорный нормативный акт противоречит законодательству.

И всякий раз, когда я проигрывал процесс в Конституционном суде, это отрицательное для меня решение было всё-таки выигрышем в пользу укрепления законности, так как при этом данный спорный юридический вопрос прояснялся раз и навсегда. Это успех дела укрепления законности. Если тот или иной нормативный правовой акт по убеждению омбудсмена противоречит законодательству, то у него нет выбора, делать ли шаг в направлении Конституционного суда или нет – он должен это сделать и в интересах гражданина, жалобу которого он рассматривает, и в интересах правопорядка. Он обязан взять на себя всегда существующий риск проиграть процесс. Мы не можем тешить себя мыслью, что гражданин всё равно не заметит того, что знает или не знает омбудсмен. Бодрствующая совесть омбудсмена обязывает его действовать. Каждое соответствующее процессуально-правовым нормам заявление в Конституционный суд является выигрышем для дела укрепления законности даже тогда, когда решение выносится не в пользу омбудсмена.

Тезис 3: Омбудсмен, который убеждён в противозаконности нормативного правового акта в контексте поданной ему жалобы, обязан использовать предоставленный ему

инструмент обращения в Конституционный суд с заявлением о проверке данного нормативного правового акта.

Для меня как австрийца имеют особое значение три обстоятельства:

А) Юрисдикция Конституционных судов является по существу тем достижением, которое впервые было опробовано в Австрии и которое восходит к учению всемирно признанного теоретика государственного права Ханса Кельзена. Конституционные суды признаны и уважаемы во всём мире. Они служат сохранению баланса ветвей власти и в то же время руководствуются конституцией, а не находятся над ней в тех случаях, когда они вправе отменять законы из-за нарушения конституции. Контроль необходим даже за законодателем, дабы существовала возможность исправить вкравшиеся несправедливые ошибки. Я испытываю огромное удовлетворение оттого, что Австрия – это родина такого достижения как юрисдикция Конституционных судов. Только шесть государств Европы не приняли это достижение. В своём большинстве это, хотя и конституционные, но монархии.

Б) Народные адвокаты в Австрии имеют право вносить протест в Федеральный Конституционный суд в тех случаях, когда постановления органов исполнительной власти противоречат конституции и законам, на которых они основаны, но не в тех случаях, когда сами законы противоречат конституции. На сегодня мы имеем впервые такое стечение обстоятельств, что все без исключения народные адвокаты являются юристами, и я питаю надежду, что им удастся убедить свои партии (а все народные адвокаты, избираемые Национальным советом¹, являются представителями политических партий) в том, что в Австрии следовало бы предоставить и народным адвокатам право оспаривать законы ввиду их предполагаемого противоречия конституции. Меня огорчает существующее положение дел, однако, нынешние народные адвокаты позволяют надеяться на решение этого вопроса.

¹ законодательная палата парламента Австрии. – прим. переводчика

В) На мой взгляд, в сравнительном юридическом анализе, проведённом в университете Вены, не достаёт анализа права народных адвокатов в Вене и Форарльберге обращаться в Конституционный суд в тех случаях, когда органы исполнительной власти отрицают наличие компетенции омбудсмана в каком-либо конкретном деле. В таких случаях, с которыми сталкивался, пожалуй, каждый омбудсмен, народный адвокат и соответствующий орган исполнительной власти должны иметь право просить Конституционный суд вынести решение, имеющее обязательную силу, о том, компетентен ли народный адвокат рассматривать данное дело или нет. Тем самым становится возможным преодолеть неразрешимое пátовое положение и, в конечном счёте, затягивание дела со стороны органов исполнительной власти путём отрицания компетенции омбудсмана. Согласно вышеупомянутому сравнительному юридическому анализу, это право омбудсмана, кажется, не закреплено ни в одном законе. Тем не менее, оно имеет первостепенное значение. У меня самого никогда не было повода использовать это право, поскольку отказывавшийся орган исполнительной власти, в конечном счёте – хотя и не преюдициально – всегда соглашался на проверку и рассмотрение дела. Мои коллеги из федеральной народной адвокатуры в Вене многократно использовали это право разъяснения через Конституционный суд и тем самым внесли значительный вклад в укрепление законности. Мне хотелось бы убедительно призвать каждого из присутствующих добиваться права омбудсмана обращаться в Конституционный суд в тех случаях, когда возникают сомнения относительно сферы компетенции омбудсмана, чтобы можно было достичь быстрого, ясного и обязательного к исполнению решения. В рамках предварительного опроса данное право даже не упоминалась ни одним Конституционным судом как существующее право омбудсмана в его стране. Это элементарное и чрезвычайно эффективное право в том виде, каком оно известно в австрийском законодательстве с 1977 года, не было принято рекомендовать молодым демократиям при создании Конституционных судов и учреждений омбудсмана.

Тезис 4: Для преодоления случаев отрицания органами исполнительной власти компетенции омбудсмана ему необходим доступ к Конституционному суду, чтобы быстро добиваться решения по своей компетенции, которое имело бы обязательную силу. Во всех случаях, когда это отвечает интересам граждан и приемлемо с точки зрения демократии и государственной политики, мягкое право омбудсмана должно дополняться и поддерживаться императивным правом других высших органов.

Для оценки взаимоотношений омбудсмена с Конституционным судом с точки зрения гражданина потребовались бы научные исследования, которые крайне трудно проводить. Трудность состоит, прежде всего, в неосведомлённости гражданина о том, существует ли в его проблемном случае возможность, смысл или необходимость активизировать взаимодействие между омбудсменом и Конституционным судом. Если, однако, гражданин знает возможности омбудсмена, то он скорее сделает соответствующий запрос, а это значит, что для общественности необходимо не просто знать о существовании омбудсмена, но и располагать сведениями о его правах. Вне сомнения достаточно возможностей для этого предоставляет уникальная ситуация народной адвокатуры в Австрии, которая еженедельно в лучшее время может знакомить телезрителей со своей деятельностью на одном из центральных телеканалов.

Тезис 5: В результате работы с общественностью, которую проводит омбудсмен и другие, предназначенные для этого учреждения, граждане должны узнавать не только о его существовании, а шаг за шагом и системно – с дидактической хваткой –приобретать ещё и знания о его полномочиях.

Инициированный омбудсменом процесс при определённых обстоятельствах предъявляет высокие требования к обоим органам последней инстанции. Иногда встречается несправедливое представление, что омбудсмен нацелен лишь на отмену нормативных актов, что и в самом деле может быть совершенно оправданно. Однако обращение в Конституционный суд в противоположность этому представлению подходит, в том числе, и для того, чтобы заставить органы исполнительной власти отказаться от неверного толкования нормативного акта, которое кажется омбудсмену противоречащим конституции. Выражаясь коротко: омбудсмен вносит заявление об отмене нормативного правового акта, усматривая в нём противоречащее конституции содержание. Если Конституционный суд отменяет действие нормативного акта или его части, то это одно из возможных решений, но не обязательно именно то, к которому стремился омбудсмен. Его намерение состоит в том, чтобы добиться от органов исполнительной власти другого толкования. Для этого он в ходе судебного процесса предлагает кажущееся ему конституционным толкование, после чего Конституционный суд может прийти к выводу, что хотя, судя по заявлению омбудсмена, нормативный акт и противоречит конституции, но существует также соответствующее конституции толкование, изложенное омбудсменом в

ходе процесса, а потому данный нормативный акт не отменяется. Конституционный суд в этом случае отклонит заявление омбудсмена, поскольку нормативный акт не имеет антиконституционного содержания и не противоречит конституции. Тем самым омбудсмен формально проиграл процесс, однако выиграл его по содержанию, так как теперь у органа исполнительной власти больше нет иного выбора, как только придерживаться представленного омбудсменом толкования в соответствии с конституцией.

Тезис 6: Цель омбудсмена не может состоять и, как правило, не состоит в том, чтобы отменить как можно больше нормативных актов или их составляющих, а скорее в том, чтобы оберегать и формировать правопорядок на основе принятых парламентом нормативных актов путём их толкования в соответствии с конституцией.

Panta rhei – всё течет, в нашей сфере, однако, всё течет несколько медленнее. Раньше вообще, кажется, только национальный омбудсмен мог рассчитывать на всеобщее внимание и иметь авторитет в обществе. Между тем количество региональных учреждений омбудсмена давно опередило количество национальных, и стали возникать даже муниципальные учреждения омбудсмена, которым придаётся самое большое значение. Кроме того, появились специальные учреждения омбудсмена, которых классические учреждения омбудсмена, по всей видимости, почти не замечали. Ситуация изменилась. Томас Хаммарберг, Уполномоченный по правам человека Совета Европы, рассматривает каждое из этих учреждений как партнёра, который может служить защите прав человека и больше не рассматривает обособленно «тематические учреждения омбудсмена» (так он называет «специальные учреждения омбудсмена»). И в этой связи возникает вопрос по названию этой конференции, какой тип омбудсмена всё-таки подразумевается? Нужно будет поразмышлять не только над этим, но и над важной ролью комиссий по правам человека в этой связи. Учреждения со сравнимой ролью должны, пожалуй, получить в свои руки и сравнимые инструменты.

В Австрии народный адвокат земли Форарльберг, то есть региональный омбудсмен имеет тот же доступ к Конституционному суду, что и омбудсмен на национальном уровне. Для гражданина, добивающегося своих прав, омбудсмен по месту жительства является последней инстанцией. То же самое касается граждан муниципалитетов. Однако без ответа остаётся вопрос, а есть ли действительно смысл в том, чтобы небольшие

муниципалитеты назначали собственных омбудсменов? Разумный предел можно определить на примере города Санкт-Галлен в Швейцарии, где при наличии примерно 120 000 жителей один из адвокатов занят в качестве омбудсмана по половине дня три раза в неделю.

Тезис 7: Доступ к Конституционному суду должен иметь тот омбудсмен, который призван рассматривать дело, на основании которого возникли сомнения в конституционности конкретного нормативного правового акта, если он сам или его сотрудник располагает достаточными юридическими знаниями.

По моим наблюдениям, точка зрения Конституционных судов в среднем пока ещё слишком ограничена. Значение института омбудсмана для гражданина, пожалуй, ещё недопонято. Нижеследующие основные высказывания тоже не должны нас обольщать:

- Конституционные суды считают институт омбудсмана в своей стране достаточным известным.
- Конституционные суды считают компетенцию учреждений омбудсмана достаточной; однако, в преобладающем большинстве случаев компетенция состоит только в праве подачи заявлений о проверке законов и предписаний. В одном случае омбудсмен может ходатайствовать о возобновлении судебного процесса даже после вступления в силу решения суда, в двух случаях омбудсмен может подавать жалобу на нарушение основных прав в результате действий органов исполнительной власти. В отношении обращений в Конституционный суд с целью решения споров о сфере компетенции см. выше.
- Конституционные суды признают необходимость наличия у омбудсмана фундаментальных юридических знаний.
- Конституционные суды считают поданные до сих пор заявления достаточно хорошо составленными.
- Компетенция особого вида состоит в том, что омбудсмен, сам не имея никакой возможности для подачи «конституционной жалобы», может, однако, помочь гражданам письменно изложить Конституционному суду причины антиконституционности применяемого нормативного акта. Такая деятельность оправдана особенно в отношении юридически не образованных заявителей.

В целом у меня сложилось впечатление, что Конституционные суды рассматривают учреждение омбудсмана в меньшей степени с точки зрения того, «в чём нуждается гражданин, чтобы по возможности быть защищённым от любого беззакония и любой ошибки органов исполнительной власти и в случае необходимости получать быструю помощь», а скорее с другой точки зрения. Омбудсмен рассматривается скорее как полезный партнёр, который помогает избежать большего количества непредвиденной работы для Конституционного суда, но и для судов в целом. Результат, возможно, тот же самый, но близость к гражданам пока ещё не является основной установкой и направленностью Конституционных судов.

Тезис 7: Доступ омбудсмана к Конституционному суду не должен использоваться для того, чтобы с его помощью обходным путём наверстать упущенные действия в ходе процесса. Тем не менее, у него должна быть возможность в любое время обратиться с заявлением в Конституционный суд для выяснения кажущихся ему юридически существенными вопросов в контексте конституции и основных прав вне зависимости от конкретного единичного случая.

Заключительный тезис 8: В работе Конституционных судов тоже присутствует значительный компонент правовой защиты индивидуума. Они подчиняются конституции и являются, в конечном счете – так же, как и омбудсмен – служителями граждан своей страны. Одинаковая направленность их деятельности заставляет задуматься о том, как на благо всего государства в целом и каждого отдельного гражданина в частности могло бы выстраиваться или далее углубляться уже фактически имеющееся сотрудничество этих органов, будь то в рамках уже существующего законодательства или же в результате будущих правовых мероприятий.

Перевод с немецкого А. П. Портнягина