

УДК 342

## ИНСТИТУТ ОМБУДСМАНА В СИСТЕМЕ РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ

**С.Ю. АРТЕМЬЕВ**

*(Полоцкий государственный университет)*

*Анализируются проблемы, имеющиеся в науке конституционного права, связанные с практикой функционирования правового института омбудсмана. Рассмотрены вопросы правомерности существования терминов «исполнительный омбудсман», «классический институт омбудсмана». Исследованы научные подходы относительно места института омбудсмана в системе разделения властей.*

В начале 60-х годов XX столетия служба омбудсмана существовала только в пяти странах: Швеции, Финляндии, Дании, Норвегии и Новой Зеландии. В настоящее время публично-правовой институт омбудсмана существует уже в более чем в 100 государствах.

Сложность анализа социально-правового феномена института омбудсмана заключается в том, что его развитие связано со становлением целого ряда самостоятельных масштабных политико-правовых учений. Концепция омбудсмана, в отличие от многих иных исторически известных способов контроля и надзора, генетически связана с теориями парламентаризма и разделения властей. Рецепция института напрямую обусловлена распространением концепции правового государства и популяризации идеи прав человека. Институт омбудсмана является неотъемлемой частью практического применения теории альтернативного разрешения конфликтных ситуаций [1 – 3]. Анализ ряда работ позволяет сделать вывод о том, что идея омбудсмана востребована апологетами новой теории хорошего правления [4].

Под институтом омбудсмана следует понимать совокупность определенных конституционно-правовых норм, регулирующих формирование, функционирование службы омбудсмана, а также совокупность полномочий службы омбудсмана в сфере государственного управления:

- 1) право принимать жалобы на действие органов государственного управления;
- 2) право проводить расследования на основании полученных жалоб;
- 3) право предлагать рекомендации с целью влияния на процесс принятия управленческих решений должностными лицами;
- 4) право направлять публичные аналитические доклады.

Иные правомочия, характеризующие различные национальные варианты, следует рассматривать в качестве факультативных.

Промышленно-развитые страны Западной Европы, Северной Америки и Австралии (т.е. государства с либерально-демократическими режимами) были теми регионами, где идея омбудсмана получила самое широкое признание. Соответственно посвященный анализу феномена омбудсмана соответствующий научный задел был сформирован в рамках научных концепций, свойственных определенным правовым семьям, отличительной чертой при выделении которых, как отмечают классики сравнительного правоведения Цвайгерт и Кётц, является свой уникальный стиль [5, с. 63 – 72], определяемый, помимо прочего, такими факторами как правовое мышление и идеология.

Ведущее место в исследовании феномена омбудсмана принадлежит ученым, представляющим страны (США, Великобритания, Канада), происхождение национальных правовых систем которых можно вывести к английскому общему праву с его уникальным подходом к феномену юридической науки как таковой. Следует учитывать также то, что по всеобщему признанию наиболее удачные примеры функционирования службы омбудсмана признаны в странах (Швеция, Дания, Нидерланды), пребывание национальных правовых систем которых в рамках континентальной правовой семьи не получило однозначного признания в научной среде [6, с. 234, 555, 896].

Наблюдающаяся глобализация идеи омбудсмана, политическое лоббирование и критически неосмысленная практика рецепции данного института привели к внедрению англосаксонских подходов в отечественную науку, что в свою очередь влечет определенную идолизацию института омбудсмана, подмену реально функционирующих правовых институтов идеальными теоретическими конструктами. Так, некритический подход к особенностям англосаксонской правовой семьи и потребностям реформирования публичного права соответствующих стран, на наш взгляд, явился причиной повсеместного, не вполне однозначного утверждения, что институт омбудсмана концептуально направлен на контроль не только законности в действиях органов исполнительной власти, но и справедливости правоприменительной практики, как, например, отмечает Лешек Гарлицкий [7, с. 15], неправильное понимание «нефор-

мальности» как существенной характеристики института омбудсмана приводит к забвению того факта, что подразумевается только процессуальная неформальность (особенно актуальная для сильно формализованного англосаксонского права). Полагаем, часто игнорируется тот факт, что институт омбудсмана действует в рамках позитивного права, что приводит к завышенным и неоправданным ожиданиям от института омбудсмана.

Правильное уяснение сущности института омбудсмана возможно при рассмотрении его в качестве одного из социальных правовых институтов, имеющих конкретное историческое прошлое, идеологическую обоснованность и объективные причины возникновения. Необходимо различать понятия «концепция службы омбудсмана», «институт омбудсмана», «правовой статус омбудсмана» в рамках определенной правовой системы.

В отечественной и иностранной специальной литературе распространенным является мнение о том, что институт омбудсмана имеет свои корни в глубокой древности [8 – 9]. Безусловно, выделять тот или иной государственный орган необходимо по осуществляемым им функциям. Именно поэтому некоторое обоснование получают утверждения о том, что институт омбудсмана зародился в Древнем Китае, Средневековой Европе, Древнем Риме, имел исламских предшественников. Вместе с тем полагаем, что такой подход является упрощением, ставящим в один ряд государства древневосточного, греческого, римского, средневекового и современного типов. В то время как институт омбудсмана есть порождение конкретного исторического периода и конкретного типа государства (правого демократического государства, основы конституционного строя которого базируются на идеологии либерализма). Выведение указанных выше «родословных» института омбудсмана является, по нашему мнению, результатом идеализации службы, и как следствие, рассмотрения ее в отрыве от иных органов, осуществляющих контрольно-надзорные функции государства. Термин «омбудсман» является частным по отношению к термину «контрольно-надзорные органы государства». Видовыми признаками института омбудсмана служат процессуальная неформальность и персонифицированность (это отличает институт омбудсмана от иных государственных органов, осуществляющих контрольно-надзорные функции в качестве основных), что вызвано необходимостью решать проблемы, создаваемые современной бюрократией, в веберовском ее понимании.

Сама концепция омбудсмана заключается в предоставлении субъекту права возможности защитить свои права во внесудебном неформальном порядке, не неся при этом никаких денежных расходов, при помощи независимого компетентного посредника, ссылающегося в своей деятельности на принципы справедливости, закрепленные в позитивном праве.

Существует множество авторитетных определений службы омбудсмана. Международная ассоциация омбудсманов предлагает следующее определение: «под омбудсманом понимается должностное лицо, называемое омбудсман, парламентский уполномоченный и др., назначаемое или избираемое в соответствии с актом законодательства и чья роль заключается в следующем:

- 1) исследовать основания недовольства любого человека или группы людей на любые принятые решения или сделанные рекомендации, действия или бездействия, относящиеся к вопросам государственного управления, должностным лицом, работодателем, коллегиальным органом учреждения, которое находится под юрисдикцией омбудсмана;
- 2) рассматривать жалобы на правительственные или полуправительственные учреждения и департаменты;
- 3) направлять, основанные на результатах рассмотрения жалобы, рекомендации по исправлению допущенных недостатков в работе учреждения;
- 4) осуществлять свою деятельность как должностное лицо парламента или от его имени и обладать полной независимостью от учреждений, находящихся под юрисдикцией омбудсмана;
- 5) докладывать в законодательную власть непосредственно или через министра о результатах своих действий или по иным специфическим вопросам, относящимся к его деятельности» [10, с. 7].

Как видно из приведенной выше дефиниции, в качестве существенного признака института омбудсмана признается наличие связи парламент – омбудсман, что в свою очередь обусловлено, на наш взгляд, более фундаментальной характеристикой института – независимостью и несопричастностью к объекту контроля. Данный фактор стал основанием предложенной С. Андерсеном и Л. Хиллом (позднее признавшим ее неправомерность) классификации омбудсманов на классических, связанных с законодательной властью, и квазиомбудсманов [11]. В.А. Брилева справедливо отмечает, что данная классификация стала традиционной в науке конституционного права [12, с. 138].

Единственно, в чем нет согласия, – что именно включить в понятие «классический омбудсман» и какие правовые институты характеризовать в качестве «квазиомбудсманов». Сами авторы классификации подразумевали под классической службой парламентских, представительных омбудсманов, функционирующих в скандинавском регионе. Классификация была разработана с целью отделения настоящего

института омбудсмана, от тех служб, которые, по мнению авторов, омбудсманами не являются. Подобный подход, реализованный и в определении, выработанном Международной ассоциацией юристов [13], разделяет Н.В. Корнеева, отстаивающая позицию омбудсмана органа законодательной власти, считая, что сам факт назначения омбудсмана исполнительной властью фактически лишает службу сущностных характеристик [14, с. 15]. Подобная позиция отражена в работе Л. Гарлицкого (одном из первых крупных исследований по данной проблематике, проведенных в Польше), который рассматривает институт омбудсмана как государственный орган, однозначно отделенный от исполнительной и судебной властей, имеющий структурную и функциональную связь с законодательной властью [7, с. 14]. В.В. Бойцова посмотрела на данную классификацию с точки зрения эффективности функционирования и признала оба варианта реальными омбудсманами [15, с. 333 – 334]. А.Г. Майоров рассматривает классического омбудсмана как должностное лицо высоко ранга, избираемое парламентом и независимое от исполнительной власти. Данную модель он противопоставляет институту медиатора во Франции [16, с. 36]. Такой же подход реализован и в исследовании, проведенном Л.К. Лазарь, которая рассматривает классическую легислатурную модель омбудсмана и исполнительную модель [17, с. 64 – 81]. В.В. Комарова, признавая деление омбудсманов на исполнительных и парламентских, предлагает следующие критерии для данной классификации: правовая база, согласно которой омбудсман функционирует, кем назначается и отстраняется от должности, кому подотчетен, анализ функций и полномочий. Вместе с тем исследуя российский федеральный вариант института омбудсмана, она *de facto* затрудняется отнести его к той или иной декларируемой модели, характеризуя российский институт как «своеобразный конгломерат переплетений» [18, с. 27].

А.А. Бегаева выделяет три модели института омбудсмана:

- исполнительный омбудсман, являющийся органом исполнительной власти;
- независимый омбудсман, представляющий собой *de facto* (по ее мнению, четвертую ветвь власти) и функционирующий в Намибии, Нидерландах, Португалии;
- классический омбудсман, находящийся в системе законодательной власти и подотчетный легислатуре [19, с. 4].

С.А. Борсученко указывает на собирательность термина омбудсман и возможности говорить лишь о единой концепции, определяя омбудсман как достойное доверия независимое лицо, профессионально осуществляющее на основании закона охрану прав граждан и контроль за государственными органами и должностными лицами. Омбудсман, по ее мнению, не является органом исполнительной либо законодательной ветвей власти [20, с. 17 – 26]. Еще более радикальный подход можно обнаружить в работе И.С. Бойцовой, которая, анализируя правовой статус российского института омбудсмана, утверждает, что последний не вписывается в систему разделения властей, поскольку не составляет системы органов власти [21, с. 96].

Таким образом, можно говорить о наличии как минимум нескольких конкурирующих точек зрения в научной среде относительно места омбудсмана в системе разделения властей – омбудсман рассматривается как:

- правовой институт исключительно в рамках законодательной власти;
- институт, функционирующий либо в рамках исполнительной, либо в рамках законодательной систем властей;
- институт омбудсмана может быть встроен либо в законодательную, либо в исполнительную, либо представлять собой компонент некой четвертой власти;
- дискуссия о месте института омбудсмана в системе разделения властей вообще беспредметна в силу определенной специфики института.

Как уже указывалось, ряд исследователей называют современную шведскую модель в качестве классической, но, как справедливо отмечает Пикль, именно датский вариант службы, учрежденный Конституцией 1953 года, стал материалом для заимствования [22, с. 4]. Выделяя «скандинавскую модель» в качестве классической (включая в нее шведский, финский, датский, норвежский институты), следует отметить ряд существенных отличий между датско-норвежским и шведско-финским подходом, в вопросе наделения омбудсмана правом контролировать деятельность судов и возможность выдвигать обвинение в адрес высших должностных лиц. Таким образом, вряд ли можно согласиться с Е.В. Перепелица, утверждающей, что многие страны в процессе учреждения института омбудсмана за основу взяли «классическую шведскую модель» [23, с. 117].

Выделение в целом «легислатурной модели» в качестве классической, или единственно верной, в определенной степени является уходом в идеальные теоретические конструкции, не учитывающей национальную систему организации государственной власти, особенности государственного режима сложившегося в той или иной стране. Иногда это ведет к путанице. Так, ряд исследователей относят институт британского парламентского уполномоченного по вопросам государственного управления к «ле-

гислатурой модели», другие – к «исполнительной». Сама дискуссия (ссылаться на средневековую концепцию о монархе как составной части трехуровневого парламента или нет) полагаем, в данном случае имеет схоластический характер, поскольку термины, порожденные американской системой разделения властей, очень условны, когда речь идет о странах с Вестминстерской конституционной моделью (прежде всего Великобритания), в которых наблюдается единение исполнительной и законодательной властей.

В исторической ретроспективе институт омбудсмана возник в Швеции в 1809 году как назначаемое парламентом должностное лицо, но следует помнить, что правительство тогда формировалось королем Швеции, и, как отмечают исследователи развития Швеции в XIX веке, отношения между правительством и парламентом характеризовались перманентным конфликтом. В рамках действующей шведской конституции правительство формируется парламентом, точно так же замещается и должность омбудсмана. Таким образом, в рамках современного шведского конституционализма, перенявшего принцип ответственного парламентского правления, у Правительства Королевства Швеция и института парламентского омбудсмана один источник легитимности – парламент, который формирует правительство и определяет контроль над ним.

Отмечаемая исследователями независимость института омбудсмана, в том числе и от исполнительной власти, в Швеции определяется политической культурой и уровнем правового мышления, а не замещением должности омбудсмана парламентом, который, как справедливо отмечает М.А. Исаев, после второй мировой войны и по 70-е годы прошлого столетия являлся банальной машиной для штамповки законопроектов, поскольку парламентское большинство и весь состав правительства принадлежали к одной партии [24, с. 25]. Даже такой важный критерий независимости, как порядок финансирования, не может быть рассмотрен в отрыве от рассмотрения бюджетного процесса в той или иной стране.

Рассматривая французский институт медиатора, который по факту участия правительства в замещении должности некоторые исследователи характеризуют в качестве «исполнительной» модели, забывая то, что уникальная бифуркация исполнительной власти Франции, позволяет задействовать институт парламентской ответственности. Данная классификация не учитывает также исторически сложившегося подхода, характерного для французской юридической науки – разделение исполнительной и административной власти. Таким образом, на концептуальном уровне решен вопрос о независимости французского медиатора от органов административной власти.

Полагаем, правомерно будет утверждать следующее:

- используемый в специальной литературе термин «классическая модель института омбудсмана» не имеет четко выраженной семантической нагрузки, поскольку в социальной реальности не существует абсолютно одинаковых институтов омбудсмана, функционирующих в рамках тождественных правовых и политических систем. Исследователи называли термином «классическая служба омбудсмана» различные национальные институты, в зависимости от того, какой набор характеристик они видели в качестве существенных для данного института;

- выделение «исполнительной» и «легислатурной» моделей, равно как их противопоставление, возможно, но только в рамках конкретных национальных правовых систем в конкретный исторический промежуток. Построение абстрактной модели «исполнительного» омбудсмана неправомерно. Организация, функционирование, доктринальное обоснование исполнительной власти в США отличается во Франции и Великобритании;

- выделение признака замещения должности омбудсмана парламентом в качестве ключевого признака института, и соответственно, «легислатурной модели» в качестве основной, предпочтительной либо единственно верной не вполне корректно, поскольку не отражает всей специфики взаимодействия государственных органов в той или иной стране.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Shirley A. Wiegand. A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model // Ohio State Journal on Dispute Resolution. – 1996. – № 12.
2. Richard C. Reuben. Public Justice: Toward a State Action Theory of Alternative Dispute Resolution // California Law Review. – 1997. – May.
3. Christopher Hodges. Multi-party actions: a European approach // Duke Journal of Comparative & International Law. – 2001. – Spring / Summer.
4. Sano Hans-Otto. Human rights and good governance. – The Hague: Kluwer Law International, 2002. – 196 p.
5. Konrad Zweigert, Hein Kotz. Introduction to Comparative law. – Oxford: Clarendon Press, 1998. – 714 p.
6. Правовые системы стран мира: Энцикл. справочник / Отв. ред. А.Я. Сухарев. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: НОРМА, 2003. – 976 с.

7. Leszek Garlicki. Rzecznik Praw Obywatelskich. – Warszawa: Institut Wydawniczy związkow zawodowych, 1989. – 276 s.
8. Соколов А.Н., Трумпель К.Б. Парламентский омбудсмен: генезис, функционирование, тенденции развития. – Калининград: Балтийский ин-т экономики и финансов, 2000. – 94 с.
9. Shirley A. Wiegand. A Just and Lasting Peace: Supplanting Mediation with the Ombuds Model // Ohio State Journal on Dispute Resolution. – 1996. – № 12.
10. Edvard Warrington. The ombudsman's oracle, Critic, Counselor, Champion (a comparative study of ombudsman's reports). – Valetta, 1998. – 45 p.
11. Hill Larry. American Ombudsmen and Others; or, American Ombudsmen and Wannabe Ombudsmen <<http://www.abanet.org/adminlaw/ombuds/wannabe.html>>
12. Брилева В.А. Виды правового института омбудсмана // Вестник Полоцкого гос. ун-та. Сер. D. Эконом. и юрид. науки. – 2005. – № 2. – С. 138–145.
13. Цымбалова Н.Н. Институт омбудсмана в современном мире: история развития и общая концепция <<http://www.strategy-spb.ru/print.php?doc=22>>.
14. Корнеева Н.В. Конституционно-правовые основы деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. – СПб., 2002. – 170 с.
15. Бойцова В.В. Служба защиты прав человека и гражданина: Мировой опыт. – М.: БЕК, 1996. – 408 с.
16. Майоров А.Г. Формирование правового института омбудсмана (Уполномоченного по правам человека) в России и за рубежом: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. – М.: 2002. – 257 с.
17. Лазарь Л.К. Роль и функции омбудсменов (комиссаров) в международной защите прав человека: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.10. – М., 2004. – 185 с.
18. Комарова В.В. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации // Государство и право. – 1999. – № 9. – С. 21–31.
19. Бегаева А.А. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. – М., 2004. – 226 с.
20. Борсученко С.А. Контроль за соблюдением прав и законных интересов осужденных к лишению свободы Уполномоченным по правам человека в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. – М., 2004. – 264 с.
21. Бойцова И. С. Конституционно-правовые основы деятельности прокуратуры по обеспечению конституционной законности в Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02. – Пенза, 2004. – 178 с.
22. Jacob Soderman. Is there a classic ombudsman: Austrian Ombudsman Board 20th anniversary. – Vienna, 1997. – 15 p.
23. Перепелица Е.В. Некоторые проблемы создания института Уполномоченного по правам человека в Республике Беларусь // Национальная идея и национальные интересы Республики Беларусь: Материалы междунар. науч.-практ. конф., Минск, 19 ноября 1998 г. – Мн., 1999.
24. Исаев М.А. Механизм государственной власти в странах Скандинавии. Конституционно-правовые аспекты: Автореферат дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.10. – М., 2004. – 38 с.