



COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Страсбург, 5 июня 2007 года

CDL-AD(2007)020

Заключение № 425 / 2007

Оригинал: английский

ЕВРОПЕЙСКАЯ КОМИССИЯ ЗА ДЕМОКРАТИЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО
(ВЕНЕЦИАНСКАЯ КОМИССИЯ)

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

**О ВОЗМОЖНОЙ РЕФОРМЕ
УЧРЕЖДЕНИЯ ОМБУДСМЕНА
В КАЗАХСТАНЕ**

**Утверждено Венецианской комиссией
на 71-ой пленарной сессии
(Венеция, 1-2 июня 2007 года)**

на основе комментариев

**Петера ПАЧОЛАЯ (член Комиссии, Венгрия)
Хёртура ТОРФАСОНА (член Комиссии, Исландия)**

Оглавление:

Общие комментарии.....	3
I. Конституционная и нормативная основа учреждения Омбудсмена.....	3
II. Право омбудсмена обращаться в орган по надзору за соблюдением Конституции для вынесения решений о конституционности законодательства, касающегося прав человека.....	5
III. Право омбудсмена на законодательную инициативу.....	5
IV. Право омбудсмена толковать существующее законодательство и ратифицированные договоры в сфере прав человека.....	6
V. Создание и деятельность специализированных учреждений омбудсмена.....	7
VI. Сотрудники и региональные отделения омбудсмена.....	8
Выводы:.....	9

1. В письме от 25 декабря 2006 года, адресованном председателю Венецианской комиссии, Уполномоченный по правам человека (омбудсмен) Казахстана, г-н Байкадамов, обратился с просьбой дать заключение по некоторым вопросам, связанным с возможной реформой или развитием учреждения уполномоченного по правам человека Республики Казахстан.

2. В рамках своей Совместной программы с Европейской Комиссией делегация Венецианской комиссии, в составе г-на Торфасона и г-на Колльара, в сопровождении г-на Букиккио и г-на Дюрра, 15 мая 2007 года встретилась в Астане с г-ном Калюжным, руководителем Национального центра по правам человека, который обеспечивает сотрудниками уполномоченного по правам человека, для обсуждения вопросов, поднятых в запросе.

3. Настоящее заключение было подготовлено на основе комментариев Петера Пачолая и Хёртура Торфасона.

4. Данное заключение было утверждено на 71-ой пленарной сессии Венецианской комиссии (Венеция, 1-2 июня 2007 года) в присутствии Сауле Мектепбаевой, заведующей экспертным отделом Национального центра уполномоченного по правам человека Казахстана.

Общие комментарии

5. Всего вопросов или тем 6, и они будут прокомментированы в нижеследующем порядке. Комментарии изложены с учетом существующих юридических положений в отношении данного органа, которые изложены в Положении об Уполномоченном по правам человека, утвержденном Указом Президента Республики Казахстан № 947 от 19 сентября 2002 года (CDL(2007)054), но при этом не касаются всего Положения в целом.

I. Конституционная и нормативная основа учреждения Омбудсмена

6. В Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 года содержатся обширные положения, касающиеся прав человека, особенно в Разделе II "Человек и гражданин" (статьи 10-39). В частности, в статье 12(2) провозглашается, что "права и свободы человека принадлежат каждому от рождения, признаются абсолютными и неотчуждаемыми, определяют содержание и применение законов и иных нормативных правовых актов", и в этом же ключе в статье 13(1) предусматривается, что "каждый имеет право на признание его правосубъектности и вправе защищать свои права и свободы всеми непротиворечащими закону способами". В Разделе VII "Суды и правосудие" также особо предусматривается, что судебная власть "имеет своим назначением защиту прав, свобод и законных интересов граждан и организаций, обеспечение исполнения Конституции...". Таким образом, в соответствии с Конституцией обращение к органам правосудия обоснованно рассматривается как главное средство для защиты прав человека и свобод, а Конституция не содержит какого-либо явного упоминания применения внесудебных средств или процессов, к которым отдельные лица и юридические лица могли бы обратиться в целях такой защиты.

7. Для того чтобы содействовать и сохранить независимость и нейтральность омбудсмена или уполномоченного по правам человека, а также обеспечивать им соответствующее место в государстве и высокий авторитет среди других учреждений, которые жизненно необходимы для функционирования такого учреждения, чрезвычайно

важно, чтобы статус этого учреждения опирался на твердую законодательную основу. Таким образом, **весьма желательно, чтобы существование такого учреждения было гарантировано на конституционном уровне, путем конкретных положений в Конституции, излагающих основные характеристики и полномочия учреждения омбудсмана или уполномоченного по правам человека, а также основные условия его или ее назначения.** Такие положения могут быть не слишком широкими, поскольку характеристики и функции этого учреждения должны в дальнейшем быть разработаны и гарантированы в соответствующем законодательстве или положениях, которые охватывали бы в полной мере рамки и деятельность такого учреждения, содержа при этом ссылку на Конституцию. Желательно также, чтобы конституционные положения не были изложены в узких терминах, так как это помешало бы разумному развитию данного учреждения с учетом его главной основы. Особо следует отметить, что такое положение в Конституции об омбудсмани или уполномоченном по правам человека на национальном уровне не должно рассматриваться как препятствие к созданию аналогичных учреждений на местном или региональном уровне или в отдельных сферах жизни общества.

8. Положения об омбудсмани содержатся в ряде конституций: Албании (статьи 60 – 63), Австрии (статьи 148а – 148j), Хорватии (статья 93), Эстонии (статьи 139 – 145), Финляндии (статьи 108-113), Грузии (статья 43), Венгрии (статья 43/В), Польши (статьи 208 – 212), Румынии (статьи 58-60), России (статья 103 о назначении парламентом), Словакии (статья 151а), Словении (статья 159), Испании (статья 54), Швеции (правительственное учреждение, раздел 13, статья 6), "бывшей югославской Республики Македония" (статья 77) и Украины (статья 101).

9. Желательность наличия конституционной гарантии такого органа в целом признается среди стран, выступающих за создание или поддержание института омбудсмана или уполномоченного по правам человека. Однако этот принцип не рассматривается всеми как обязательный, и хорошо известно, что во многих странах данное учреждение поддерживается на основе обычного правоприменительного законодательства. Однако было бы правильно сказать, что отчасти это объясняется историческими обстоятельствами, т.е. тем, что это законодательство принималось тогда, когда значение роли омбудсмана в сфере прав человека и свобод не было признано столь высоко, как сегодня. Еще одно объяснение связано с тем, что во многих странах процедура внесения поправок в конституцию достаточно громоздкая, и поэтому положение о таком учреждении, как омбудсмен, включить в конституцию трудно, если только не проводить процесс более широкого пересмотра конституции.

10. Исходя из вышесказанного, в соответствии с ныне существующими европейскими и международными стандартами, конституционная гарантия для омбудсмана, очевидно, просматривается как предпочтительная. Об этом говорилось в таких заявлениях органов Совета Европы, как Рекомендация 1615 (2003)1 Парламентской Ассамблеи об учреждении омбудсмана. В заключениях Венецианской комиссии о конституциях и/или нормах, касающихся омбудсмана или уполномоченного по правам человека в различных странах, положение о конституционной гарантии постоянно выдвигалось как предпочтительное решение по сравнению с положением об этом учреждении на основе простого законодательства или положения.

11. В качестве заключительного вопроса в данном разделе следует отметить, что в соответствии с вышесказанным, общие стандарты и нормативные тексты, регулирующие статус и функции омбудсмана по правам человека, должны быть закреплены в законодательстве, принимаемом национальным парламентом, а сам **омбудсмен должен выбираться парламентом большинством, достаточным для обеспечения разумного консенсуса, т.е. квалифицированным большинством всех членов парламента.**

II. Право омбудсмана обращаться в орган по надзору за соблюдением Конституции для вынесения решений о конституционности законодательства, касающегося прав человека

12. Модель, которой чаще всего следуют учреждения омбудсмана или уполномоченного по правам человека, может быть кратко описана следующим образом: это независимое официальное лицо, главная роль которого состоит в том, чтобы действовать в качестве посредника между населением и государственными и местными органами управления, а также иметь возможность в этом качестве осуществлять мониторинг деятельности органов управления на основе полномочий, позволяющих обращаться с запросами и иметь доступ к информации; обращаться к органам управления через рекомендации на основе закона и равенства в широком смысле слова, для того чтобы противодействовать и устранять нарушения прав человека и факты недобросовестного управления. Для достижения таких целей принципиально важно, чтобы такое учреждение сохраняло свою нейтральность и, соответственно, чтобы оно не участвовало в судебных разбирательствах или в судебных делах. Хотя данное учреждение, разумеется, должно иметь возможность давать рекомендации тем, кто просит оказать им помощь для получения средств правовой защиты, которые могут быть им необходимы.

13. В целом ряде стран омбудсманы могут обжаловать законодательный акт в Конституционном суде (например, в Албании, Армении, Грузии, Эстонии, Молдове, Польше, Португалии, Румынии, России и Испании). Таким образом, полномочия обжаловать законы в Конституционном суде присущи институту омбудсмана. С другой стороны, это не является обязательной частью его полномочий. Если полномочия омбудсмана в рамках общего мандата по защите прав человека охватывают также защиту от возможного нарушения этих прав через законодательство, то целесообразно позволить омбудсмену дать возможность обжаловать эти законы, благодаря тому, что омбудсмен может ставить вопрос об их конституционности.

14. Исходя из этого, признается желательным, чтобы в полномочия омбудсмана или уполномоченного по правам человека была включена возможность обращения в Конституционный суд страны для того, чтобы суд вынес общее постановление по вопросам, касающимся конституционности законов и норм, или общих административных актов, которые связаны с проблемами, затрагивающими права человека и свободы. Омбудсмен должен иметь возможность делать это по собственной инициативе или на основании конкретной обращенной к нему жалобы. В этом последнем случае было бы целесообразно проводить различие между вопросами, поднимаемыми в жалобе, которые целесообразно рассматривать в Конституционном суде, и такими делами, когда позиция заявителя не подразумевает обращения в суды первой инстанции, поскольку это может привести или может не привести к тому, что суд общей юрисдикции передаст вопрос о конституционности в Конституционный суд.

15. Исходя из этого, следует положительно рассмотреть вопрос о том, необходимо ли наделить Уполномоченного по правам человека Казахстана полномочиями по обращению в Конституционный суд, как это изложено выше. В этой связи, следует отметить, что поскольку юрисдикция Конституционного совета определена в Конституции (статья 72), то такая мера, по-видимому, потребует внесения поправки в Конституцию.

III. Право омбудсмана на законодательную инициативу

16. Как правило, в полномочия омбудсмана или уполномоченного по правам человека, в соответствии с наиболее распространенной моделью, включается право обращаться с рекомендациями в парламент или в законодательное собрание для внесения поправок

или добавлений к существующим законам и другим законодательным новеллам в отношении вопросов, связанных с его полномочиями, в ежегодном отчете о деятельности, который готовит сам омбудсмен, или иным образом. Это тем более важно потому, что в большинстве стран омбудсмен/уполномоченный назначается парламентом и от него ожидается, что он будет делать доклады законодательному органу. В то же время, это, как правило, рассматривается как нечто противоречащее нейтральному характеру такого учреждения как омбудсмен или уполномоченный по правам человека. Если они в рамках своих полномочий имеют право законодательной инициативы, то это может подорвать его или ее независимость в отношении политического давления или действий иных социальных сил. Это политизировало бы деятельность омбудсмента, поскольку без поддержки влиятельных политических сил в парламентском органе, такие предложения не могут завершиться успехом. Таким образом, омбудсмен был бы вынужден искать поддержки таких политических сил, и этим ставить под угрозу свою независимость.

17. В соответствии с Конституцией Республики Казахстан (статья 61), право законодательной инициативы предоставляется исключительно депутатам парламента и правительству Республики. Соответственно в существующем положении об Уполномоченном по правам человека Казахстана нет положений в отношении такой прямой инициативы. В положении не говорится также и об отношении этого учреждения к законодательному органу, в том смысле, чтобы уполномоченный имел право обращаться с рекомендациями по законодательным поправкам к парламенту, но такое право подразумевается в статье 19, в которой содержатся важные положения о том, что уполномоченный в рамках своих полномочий будет вносить вклад в совершенствование законодательства Республики в сфере прав человека и свобод, а также форм и средств их защиты.

18. В соответствии с вышеизложенными выводами, **существует сомнение в отношении, что учреждение Уполномоченного по правам человека Казахстана выиграет от наделения его правом законодательной инициативы.** С учетом того, что для выполнения своих задач это учреждение должно быть нейтральным и независимым, можно исходить из того, что **интересам населения будет отвечать такое положение, когда полномочия омбудсмента будут ограничены возможностью направлять рекомендации в сфере законодательной реформы в парламент и/или обращаться с ними к правительству или к Президенту Республики** (которому уполномоченный направляет доклады в соответствии с уже существующим Положением), без прямой законодательной инициативы. Такие рекомендации в ежегодном или специальном докладах, конечно же, не имеют обязательного характера, и не обязуют государственные органы действовать определенным образом, но могут влиять на них и привлекать к определенным вопросам внимание общественного мнения.

IV. Право омбудсмента толковать существующее законодательство и ратифицированные договоры в сфере прав человека

19. Этот вопрос относится к такой области, где было бы желательно наделить Уполномоченного по правам человека возможностями давать аутентичное толкование внутреннего законодательства и ратифицированных международных договоров в области прав и свобод человека. И в этом случае необходимо отметить, что ключ к успеху учреждения омбудсмента в общественных кругах лежит в его или ее способности убеждать аргументами, основанными на законе и справедливости, а не на возможности издавать приказы или директивы. Если исходить из этого, то омбудсмен сможет высказывать свое мнение по содержанию законодательных положений и правильному толкованию ратифицированных договоров, как в связи с рассмотрением направляемых ему жалоб, так и по тем вопросам, где омбудсмен может выступать с собственной

инициативой. В целом, **возможность высказывать такие мнения в достаточной мере отвечает общим задачам омбудсмана, и придание этим оценкам обязательной силы будет выходить за рамки идеальной роли этого учреждения.** Одновременно возникнет возможность конфликта между полномочиями омбудсмана и независимостью Конституционного суда и системы правосудия в целом.

V. Создание и деятельность специализированных учреждений омбудсмана

20. Этот вопрос вызван тем, что развитие учреждения омбудсмана во многих государствах привело к возникновению аналогичных бюро или институтов, которые выполняют особые задачи по защите прав отдельных групп населения или обеспечению прав в конкретной области деятельности. Следует отметить, что такой же процесс в настоящее время идет в Казахстане, где имеются, например, планы назначить уполномоченного по правам детей.

21. Создание учреждения уполномоченного по отдельным областям является сравнительно недавним явлением, но становится все более популярным. Концепция такого рода учреждений, как правило, связана с тем, что существует традиционный парламентский или национальный омбудсмен, осуществляющий мониторинг в отношении администрации и соблюдения прав человека в целом, а данные другие учреждения обычно извлекают пользу из этих взаимоотношений и использования аналогичных рабочих методов. При этом основное требование - независимость от административных органов или других органов власти - в этих случаях необязательно выполнять столь же строго и поэтому вопрос о гарантиях существования институтов на основании конституционных положений в интересах демократического правления и защиты прав человека в целом не имеет такого же значения, как это было рассмотрено выше по вопросу I в отношении национального омбудсмана или уполномоченного по правам человека. С другой стороны, очевидным предварительным условием является необходимость создания такого органа на основе законодательства.

22. При этом требуется, чтобы у этих специализированных учреждений были полномочия, аналогичные тем, которые имеются у национального омбудсмана/уполномоченного в отношении возможности сбора информации и получения доступа к учреждениям, а также в отношении возможности обращаться к правительственным органам на основании рекомендаций и докладов и информировать широкую общественность о своей деятельности, но полномочия и основа работы необязательно будут одинаковыми во всех отношениях. Так, например, что касается защиты прав детей, то общий подход в ряде стран (включая Норвегию и Исландию, где законы по этому учреждению весьма схожи) заключается в том, что институт уполномоченного по правам детей создается в виде независимого официального лица в рамках, а не вне рамок государственных органов (в Норвегии такой уполномоченный назначается министром по социальным делам, в Исландии – премьер-министром). Во многих странах также (вновь включая Норвегию и Исландию) такой омбудсмен действует скорее как адвокат и общий защитник прав детей, чем как должностное лицо, непосредственно занимающееся урегулированием конфликтов в интересах отдельных заявителей. Таким образом, омбудсмен по правам детей будет, разумеется, выслушивать жалобы отдельных людей и давать рекомендации заявителям в отношении имеющихся у них средств правовой защиты. Однако в большинстве стран этот омбудсмен, как правило, не будет участвовать в урегулировании конфликтов между отдельными лицами в отношении детей (хотя Ирландия представляет собой исключение или альтернативу в этом отношении), и ему нужно будет избегать того, чтобы занимать чью-либо сторону в отношении лиц в подходе к властям. При этом омбудсмен будет скорее давать рекомендации, чем принимать постановления. Помимо прочего, можно

отметить, что помощь индивидуальным заявителям может быть и в том, чтобы рекомендовать обратиться к национальному уполномоченному по правам человека.

23. В Республике Казахстан может возникнуть вопрос и о том, будет ли будущий уполномоченный по правам детей (или аналогичный специализированный орган) полностью независимым и действующим параллельно уполномоченному по правам человека, или такое учреждение должно действовать в связи с этим уполномоченным или даже стать специализированным департаментом или отделом в рамках учреждения Уполномоченного по правам человека (такой подход принят в Греции и в ряде других стран). В рамках первой альтернативы, как правило, считается, что специальный уполномоченный должен быть независимым, т.е. не подчиняться национальному омбудсмену в рамках иерархических взаимоотношений.

24. Можно также рассмотреть возможность и того, чтобы принять вторую вышеизложенную альтернативу, в соответствии с которой специализированный омбудсмен будет назначаться независимо, но при этом предусматривается, что он будет действовать в контакте с общим омбудсменом, имея с ним общее учреждение и сотрудников. Такой подход, например, был принят в Венгрии.

25. В целом, однако, представляется, что **в Казахстане предпочтительно** последовать третьей инициативе, поскольку в этой стране институт омбудсмента в настоящее время находится на стадии консолидации и развития, и **предусмотреть полномочия специализированного омбудсмента в рамках общего института национального омбудсмента**, путем создания второго отдела и/или назначения заместителя омбудсмента в специализированной области. Эти специальные функции могли бы, вероятно, опираться на статус и авторитет общего омбудсмента, и такая связь придаст на деле дополнительную силу и эффективность как специализированным учреждениям, так и национальному институту омбудсмента. Если последовать именно такому подходу, то было бы целесообразно иметь заместителя омбудсмента или руководителя отдела, назначаемого либо самим омбудсменом, либо соответствующим назначающим органом (парламентом/Президентом) по рекомендации омбудсмента.

VI. Сотрудники и региональные отделения омбудсмента

26. В соответствии с существующим Положением от 19 сентября 2006 года (Раздел 6), сотрудники и другие работники учреждения Уполномоченного по правам человека Казахстана предоставляются Национальным центром по правам человека – государственным учреждением, созданным на основании собственного Положения, утвержденного Президентом. Омбудсмен назначает руководителя Центра и других сотрудников, которые имеют статус государственных служащих, а деятельность омбудсмента и Центра финансируется из государственного бюджета. Проблема состоит в том, что количество сотрудников этого учреждения (14 человек) относительно мало, учитывая население и размер страны, и они сталкиваются в последние годы на первом этапе своей деятельности с все большим числом обращений.

27. Представляется очевидным, что на практике количество сотрудников в настоящее время недостаточно и должно быть существенно увеличено. Известно, что это связано в основном с бюджетными вопросами и соответствующими политическими последствиями. Поэтому столь трудно проводить эту деятельность на основании общих норм в области критериев и методов финансирования, которые были бы достаточно эффективны для того, чтобы постоянно обеспечивать сотрудниками учреждение омбудсмента, а также предоставлять в удовлетворительном объеме другие формы поддержки. Тем не менее, это попытались сделать в ряде стран, и необходимо рассмотреть положение в этой области и в Казахстане.

28. Исходя из этого, закон или положение, регулирующее учреждение омбудсмана, могло бы предусматривать, что **выделение бюджетных средств на деятельность этого учреждения должно соответствовать необходимости полного, независимого и эффективного выполнения обязанностей и задач этого учреждения, и учитывать такие факторы, как количество подаваемых жалоб в учреждение за предыдущий год.** В законе или положении можно также предусмотреть **относительную бюджетную независимость омбудсмана, установив, что само это учреждение будет подавать предложения о своем бюджете** в тот правительственный орган, который представляет национальный бюджет в парламент, и что это предложение должно быть включено в национальный бюджет без изменений, либо как предложение правительства, либо на основе сравнения с возможным предложением правительственного органа, если правительство считает необходимым сократить запрашиваемые средства. Наконец, если уполномоченный по правам человека является парламентским омбудсменом в обычном смысле (т.е. назначается законодательным органом и докладывает законодательному органу), то можно с тем большим основанием предположить, что парламент будет на практике регулярно предоставлять такому институту финансовые средства, необходимые для обеспечения его должного функционирования.

29. Вышеуказанный вопрос связан, во-вторых, с тем, имеет ли смысл создавать в Казахстане региональные отделения по защите прав человека. Учитывая размер и население этой страны, очевидно, что это было бы желательно сделать, по крайней мере для того, чтобы способствовать задачам проведения расследований и мониторинга со стороны национального омбудсмана, а также для того, чтобы облегчить личный доступ к этому учреждению. Возвращаясь к комментариям, которые были изложены выше по вопросу V, следует отметить, что эта альтернатива, предусматривающая назначение таких региональных или местных уполномоченных, которые не подчинялись бы национальному уполномоченному, получила предпочтение во многих странах и имеет свои преимущества. Однако если особые условия в отдельных регионах не требуют иного подхода, то было бы **предпочтительно создать в Казахстане региональные или местные отделения, где работали бы представители национального омбудсмана**, которые могли бы назначаться или не назначаться заместителями омбудсмана.

Выводы:

30. На шесть вопросов, заданных Уполномоченным по правам человека Казахстана, можно ответить следующим образом:

- I. Учреждение Уполномоченного по правам человека должно иметь гарантии на конституционном уровне, в которых излагались бы существо характеристик и полномочий учреждения Уполномоченного по правам человека и основные условия его или ее назначения, предусматривающие выбор этого лица квалифицированным большинством в парламенте.
- II. Уполномоченный по правам человека Казахстана должен быть наделен правом обращения в Конституционный совет.
- III. Уполномоченный по правам человека Казахстана не получит преимущества, если будет наделен правом законодательной инициативы, а поэтому для него следует ограничиться возможностью направлять рекомендации по реформе законодательства в парламент и/или в правительство или Президенту Республики.

- IV. Учитывая, что Уполномоченный должен иметь возможность высказывать свое мнение по толкованию законодательства и ратифицированным правозащитным договорам, такие заключения не должны иметь обязательной силы.
- V. В Казахстане, где учреждение Уполномоченного в настоящее время находится на этапе консолидации и развития, функции специализированных омбудсменов следует создавать в рамках общего учреждения Уполномоченного страны.
- VI. Законодательство об Уполномоченном по правам человека должно обеспечивать, чтобы выделение бюджетных средств на деятельность этого учреждения соответствовало необходимости полного, независимого и эффективного выполнения обязанностей и задач этого учреждения, и учитывать такие факторы, как количество подаваемых жалоб в учреждение за предыдущий год. В законе или положении можно также предусмотреть относительную бюджетную независимость омбудсмента, установив, что само это учреждение будет подавать предложения о своем бюджете.

31. Венецианская комиссия остается в распоряжении Уполномоченного по правам человека Казахстана и властей Казахстана в целом для осуществления реформы учреждения Уполномоченного и любых других реформ, содействующих демократии, правам человека и верховенству закона.