

4. Verdier Pierre-Hugues Cooperative States: International Relations, State Responsibility and the Problem of Custom / Pierre-Hugues Verdier // Virginia Journal of International Law. – 2002. – Vol. 42. – № 1. – P. 863.
5. Guzman Andrew T. The Promise of International Law / Andrew T. Guzman // Virginia Law Review. – 2006. – Vol. 92. – № 3. – P. 533–564.
6. International Law Commission. Report on the work of its fifty-third session (23 April – 1 June and 2 July – 10 August 2001). General Assembly. Official Records. Fifty-Sixth Session. Supplement No. 10 (A/56/10). – P. 43. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.
7. Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm>.
8. General Assembly Resolutions 1761, UN Doc. A/RES/1761 (XVII) (6 November 1962). The Policies of Apartheid of the Government of the Republic of South Africa [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/192/69/IMG/NR019269.pdf?OpenElement>.
9. Damrosch Lori Fisler. Enforcing International Law through Non-Forcible Measures / Fisler Lori Damrosch // Hague Academy of International Law, 1997. – P. 9–22.
10. Guzman Andrew T. The Design of International Agreements / Andrew T. Guzman // European Journal of International Law. – № 4. – 2005. – P. 579–612.
11. Детальніше див.: Downs George W., Jones Michael A. Reputation, Compliance and International Law / George W. Downs, Michael A. Jones [Електронний ресурс] // Journal of Legal Studies. – 2002. – Vol. 31. – № 1. – Part 2. – Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=302031>.
12. Goldsmith Jack L., Posner Eric A. A Theory of Customary International Law / Jack L. Goldsmith, Eric A. Posner // German Yearbook of International Law. – 1996. – №39/198 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.law.uchicago.edu/files/files/63.Goldsmith-Posner.pdf>.
13. Downs George W., Jones Michael A. Reputation, Compliance and International Law / George W. Downs, Michael A. Jones [Електронний ресурс] // Journal of Legal Studies. – 2002. – Vol. 31. – № 1. – Part 2. – Режим доступу : <http://ssrn.com/abstract=302031>.
14. Keohane Robert O. International Relations and International Law: Two Optics / Robert O. Keohane // Harv. Int'l L. J. – 1997. – P. 487, 496–99.

** Кийвець Олена Валеріївна – доктор юридичних наук, доцент, завідувач відділу європейського права та міжнародної інтеграції Інституту законодавства Верховної Ради України.*

УДК 341

Марина Магрело*

РОЛЬ НАЦІОНАЛЬНИХ ПРАВОЗАСТОСОВЧИХ ОРГАНІВ У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ПРАВ, ГАРАНТОВАНИХ ЄВРОПЕЙСЬКОЮ КОНВЕНЦІЄЮ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

У статті автором проаналізовано співвідношення ролей держави і Європейського суду з прав людини у забезпеченні ефективної реалізації фундаментальних прав.

Ключові слова: принцип субсидіарності, законна мета, пропорційність, межі державної дискреції, публічний інтерес, практика ЄСПЛ.

Магрело М. В. Роль национальных правоприменительных органов в обеспечении прав, гарантированных Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод.

В статье автором проанализировано соотношение ролей государства и Европейского суда по правам человека в обеспечении эффективной реализации фундаментальных прав.

Ключевые слова: принцип субсидиарности, законная цель, пропорциональность, границы государственной дискреции, публичный интерес, практика ЕСПЛ.

Magrelo M. V. Role of national law enforcement bodies in the realization of rights guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

In this article the author analyses correlation of a state's role and that of the European court of human rights in the effective realization of fundamental human rights.

Keywords: subsidiarity principle, legitimate aim, proportionality, margin of appreciation, public interest, ECtHR's case law.

Сучасні міжнародні системи захисту прав людини характеризуються достатньо розвиненими механізмами контролю за дотриманням прав, що гарантуються в межах їх інфраструктури. В рамках Європейської системи захисту прав людини відповідну функцію з 1959 року¹ покладено на Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), до повноважень якого віднесено забезпечення дотримання договірними сторонами зобов'язань за Європейською конвенцією з прав людини (далі – ЄКПЛ, Конвенція) та протоколами до неї (ст. 19 ЄКПЛ) й всі питання тлумачення та застосування Конвенції та відповідних протоколів (ст. 32 (1) ЄКПЛ), а також збережено за Комітетом Міністрів Ради Європи (далі – РЄ), у віданні якого залишено контроль за виконанням рішень Суду (ст. 46 (2–5) ЄКПЛ).

Об'єктом контролю в міжнародних системах захисту прав виступає відповідна діяльність держави, яка є конвенційно зобов'язаною, а отже, відповідальною перед певною спільнотою. При цьому, оскільки метою Конвенції є не гарантування чисто теоретичних або ілюзорних прав, але забезпечення реального та ефективного їх здійснення [1, п. 53], то держави-учасниці мають діяти відповідним чином. Діяти в даному випадку є ключовим словом, а наскільки широким може бути поле для вибору відповідних дій, буде проаналізовано нижче. Зрозуміло, що держава виступає як реальний гравець, діяльність якого реалізується на різних рівнях – законодавчому, адміністративному та юрисдикційному – через відповідні органи.

Відтак, основне завдання із забезпечення реалізації прийнятих за Конвенцією зобов'язань лежить на відповідних органах влади договірної сторони. Зазначене також закріплене в низці рішень Суду, який неодноразово констатував, що національні органи знаходяться в кращій позиції вирішувати відповідні питання національного значення (від інтерпретації права – як національного, так і міжнародного – до вибору того чи іншого заходу для реалізації політичного курсу та оцінки фактичних обставин справи), ніж міжнародні суди, в тому числі ЄСПЛ [2, п. 97; 3, п. 63].

Така «відповідальна» позиція національних органів пов'язана насамперед із *субсидіарною функцією* Суду при вирішенні питання про дотримання державою зобов'язань за ЄКПЛ, в основі якої лежить відповідний принцип. У свою чергу, субсидіарність Судової юрисдикції залежить від об'єктивних причин: розмаїття правових систем та національних особливостей вирішення одних й тих самих питань в державах-членах РЄ зумовлюють той факт, що саме національні органи можуть краще зорієнтуватись «на місці» і підібрати більш адекватне вирішення проблеми.

Субсидіарність є одним з керівних принципів юрисдикційної діяльності Суду та походить з нормативних положень самої Конвенції. Як зазначено самим Судом, «з тексту ст. 1 ЄКПЛ випливає, що *першочергову відповідальність* за забезпечення реалізації гарантованих Конвенцією прав *несуть саме національні органи* Високих Договірних Сторін, які гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі I Конвенції. *Механізм звернення до Суду є субсидіарним по відношенню до національних систем охорони прав людини. Такий субсидіарний характер чітко виражений у ст.13 та 35 (1) Конвенції*» [4, п. 140].

Звертаючись до вказаних Судом статей, знаходимо в них конкретні юридичні зобов'язання держав-учасниць: ст. 13 Конвенції містить зобов'язання забезпечити кожному, чий права та свободи, визнані у Конвенції, *ефективний засіб юридичного захисту в національному органі*, навіть якщо порушення було вчинене особами, які здійснювали свої офіційні повноваження; а ст. 35 (1), закріплюючи як умову прийнятності індивідуальної заяви *вичерпання всіх національних засобів юридичного захисту*, передбачає наявність відповідних *національних засобів* захисту, які при цьому мають бути ефективними. Примітно, що в своїй практиці Суд визнав необов'язковим вичерпувати ті засоби, які не є ефективними (в такому разі умовою прийнятності заяви є дотримання шестимісячного строку) [5, п. 68; 6, п. 57; 7, п. 69]. У відношенні ст. 35 (1) Суд зазначив, що її метою є надання державам-учасницям можливості недопущення або виправлення тих порушень, що ним приписуються, перед тим, як відповідні заяви буде передано на розгляд Конвенційним органам [7, п. 69].

Важливо, що принцип субсидіарності не повинен тлумачитись з метою уникнення юрисдикції Суду і не означає відмови від контролю [з боку Суду] за результатом, отриманим від використання внутрішніх засобів правового захисту [8, п. 95]. У контексті наведених інтерпретаційних суджень Суду слушно зауважує суддя ЄСПЛ Д. Жосьєн, що держави-учасниці та Суд несуть *спільну відповідальність* за забезпечення ефективного імплементації Конвенції, що заснована на основоположному принципі субсидіарності [9, с. 2], при цьому головними гравцями залишаються національні органи і особливо суди [10, пп. 11, 19].

На фоні такого твердження сумно виглядає вітчизняне розуміння ролі Суду в європейському правозахисному механізмі – з огляду навіть не на кількість рішень у справах проти України, де

¹ До 1998 року система складалась з Європейської комісії з прав людини як квазісудового органу (питання прийнятності заяв) та Суду.

констатовано порушення чи на наявність низки системних проблем якості законодавства та адміністративної практики, але також і на офіційні заяви високопосадовців¹.

Проблема нерозуміння ролі і призначення Суду є кричущою в українських реаліях: одним з її проявів є те, що національні суди при вирішенні адміністративних справ, застосовуючи принцип юридичної визначеності, упевнено посилаються на «рішення Європейського суду з прав людини» у справі *Yvonne van Duyn v. Home Office (Case 41/74 van Duyn v. Home Office* [11], не маючи навіть уявлення, що це справа Суду Європейського Союзу (European Court of Justice), юрисдикція якого принципово відрізняється від юрисдикції ЄСПЛ. Слід зазначити, що в низці рішень національні суди все ж правильно вказують, що це – рішення Суду ЄС [12] (хоча при цьому виникає питання, яке значення практики Суду ЄС для національних судів і чому б не послатись на практику ЄСПЛ, яка є безпосереднім джерелом права для національного суду), однак, ніщо інше як подив викликають ті національні судові рішення, де суд у різних абзацах називає його то рішенням Суду ЄС, то рішенням Європейського суду з прав людини [13, 14]. Проблема кваліфікації судових кадрів є однією з нагальних в Україні і потребує докорінних рішень, оскільки вона поширюється і на суди вищих інстанцій, але попри всю значущість її дослідження й вирішення має відбуватись не на цих сторінках, а в інших площинах.

Отже, як слідує з положень і мети Конвенції, розтлумаченими ЄСПЛ, саме національні органи держави-учасниці повинні якнайповніше забезпечити реалізацію гарантованих Конвенцією прав, а роль Суду – другорядна і полягає в тому, щоб перевірити, чи дотримані при цьому конвенційні зобов'язання держави.

Більш специфічно роль Суду визначена в документі «Принцип субсидіарності» Інтерлакенської конференції про майбутнє Суду (Interlaken Conference on the future of the Court, 2010): Суд може і повинен втручатись лише у випадку, коли національні органи не впорались зі своїм завданням по забезпеченню гарантованих Конвенцією прав [10, п. 2]. У цьому ж документі акцентовано на двох видах субсидіарності Суду: сутнісній (substantive subsidiarity) та процедурній (procedural subsidiarity). Перша стосується відповідальності за належну оцінку ситуації та прийняття національним органом відповідного рішення [10, п. 9–17], а друга – робочих відносин між Судом та національними органами (процедурні питання вичерпання національних засобів захисту; належна імплементація національними органами практики Суду тощо) [10, п. 6–9]. Процедурна субсидіарність полягає в тому, що Суд може прийняти справу до провадження лише після того, як відповідне питання ставилось перед національними органами влади. Зокрема, правило вичерпання національних засобів правового захисту передбачає власне звернення до національних органів, постановку перед ними відповідного питання та дотримання при цьому встановленої внутрішнім правом процедури. Сутнісна субсидіарність стосується власне Судової оцінки дій і рішень держави.

Як зазначалось вище, національні органи, перебуваючи в безпосередньому постійному контакті із ресурсами (в тому числі людськими) своїх держав, мають змогу більш адекватно оцінити множинність факторів, необхідних для прийняття рішення відповідно до своїх повноважень, порівняно із міжнародними інституціями, в тому числі встановити наявність суспільної небезпеки чи надзвичайної ситуації та здійснити такі обмеження гарантованих прав, які можуть знадобитись для їх відвернення². Зрозуміло, що для прийняття рішення органи публічної адміністрації повинні бути наділені певним рівнем дискреції, яку вони могли б вільно здійснювати. Міжнародні інституції здійснюють при цьому наглядову функцію за легітимністю дій та рішень публічної адміністрації, а в підсумку – за дотриманням державою міжнародних зобов'язань. Описаний взаємозв'язок функцій

¹ В одній з таких заяв Голова Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, критикуючи часті посилання в рішеннях національних судів на практику ЄСПЛ зазначив, що національні суди повинні зважати на рішення ЄСПЛ виключно у випадках, коли відповідне питання неврегульоване національним правом. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zn.ua/UKRAINE/glava-komissii-sudey-ukrainy-posovetoval-menshe-obraschat-vnimaninya-na-resheniya-espch-118786_.html - Така заява Голови ВККСУ дивує, оскільки вона позбавлена критики стосовно, скажімо, неправильного застосування національними судами практики Суду, рівно як і не торкається проблеми неякісного законодавства – при чому вона була б виправданою; а без адекватного розуміння та урахування міжнародних зобов'язань України за Конвенцією критика такого роду є нічим іншим, як нівелюванням значення практики Суду в правовій системі України.

² Дане обґрунтування і до нині залишається стандартним виправданням як субсидіарної функції Суду, так і необхідності застосування концепту меж свободи державної дискреції, який вперше застосовано Судом у справі *Ireland v United Kingdom* (Application no.5310/71, Judgment of 18 January 1978, para.207) в контексті презумпції правильності національного рішення відступити від вимог Конвенції на підставі ст.15.

Суду та органів на місцях в практиці Суду дістав вираження в концепції *margin of appreciation* – межі свободи розсуду (дискреції). Даний концепт є цілковитим винаходом Суду та не зустрічається в тексті Конвенції (хоча в Брайтонській декларації було запропоновано включити його в її преамбулу як такий, що утвердився в якості самодостатнього принципу [15, с. 3]).

Сьогодні в аналітичній літературі зазначений концепт, попри всю свою логічність та прогресивність, підданий значній критиці – в тому числі з боку самих суддів ЄСПЛ [16] та юристів Суду [17, с. 336–343] – через свою непрозорість, зокрема що стосується автоматизму його застосування та критеріїв визначення його меж. Однак, вважаємо за необхідне все ж проаналізувати його значення для оцінки дотримання державою зобов'язань за ЄКПЛ. У західній літературі з цього питання, яка, до речі, є досить обширною [18, с. 3], досліджено, як відповідний концепт застосовується в різних контекстах (у відношенні різних гарантованих ЄКПЛ прав), які його межі (межі розсуду держав різняться залежно від сфери правовідносин, конкретних прав тощо) та критерії визначення цих меж. Важливим спостереженням, здійсненим саме в літературі, є те, що Суд користується даним концептом, як правило, у випадках, коли має сумніви з приводу легітимності дій та рішень публічної адміністрації, але не тоді, коли справа є очевидною [19, с. 14].

У загальному можна виокремити наступні випадки застосування концепту *margin of appreciation*: 1) він застосовується з метою означення меж допустимої свободи розсуду (дискреції) держав-учасниць при імплементації Конвенційних стандартів, з урахуванням їхніх національних особливостей та умов [20, с. 1–2]; його використання здійснюється з метою обмеження можливостей держав-учасниць здійснювати втручання у гарантовані Конвенцією права [20, с. 2]. Тобто держави мають певний рівень свободи при обранні шляхів виконання своїх конвенційних зобов'язань, які різняться в залежності від певних обставин. Зрозуміло, що обранню шляхів виконання зобов'язань передують інтерпретація відповідних конвенційних положень. Відтак, певні межі свободи гарантовані державі також при тлумаченні відповідних норм.

З наведеного слідує, що власне об'єктом державного *margin of appreciation* є: 1) тлумачення конвенційних положень (при цьому слід обов'язково враховувати наявність відповідної практики Суду, де вже розставлені відповідні акценти щодо того, як саме має відбуватись таке тлумачення); 2) шляхи виконання конвенційних зобов'язань (в усій множинності сфер, в яких вони виникають: від якісного законодавства до легітимної адміністративної практики); 3) способи виконання рішень Суду [10, п. 25].

Обрання способів виконання міжнародних зобов'язань, на перший погляд, відкриває майже необмежене поле варіантів, але це не зовсім так. Фактично державний *margin of appreciation* зводиться до дискреційного вирішення питань фактів і права (як національного, так і міжнародного [21, п. 72]), включаючи оцінку обставин (доказів), встановлення природи правовідносин, здійснення їх юридичної кваліфікації та адекватного правозастосування.

Суд неодноразово зазначав, що в першу чергу на національні органи, і особливо на суди, покладено функцію тлумачення та застосування національного права, а також оцінювання в світлі місцевих традицій, суті юридичного диспуту, переданого їм на розв'язання, рівно як і природи відповідних прав та інтересів. При цьому межі свободи їх розсуду досить широкі [22, п. 46]. Те ж саме стосується й міжнародних договорів: саме сторона, яка застосовує договір, повинна його тлумачити, при цьому Суд не повинен підміняти рішення компетентних національних органів своїм власним і, тим паче, вирішувати спір між сторонами договору про правильність його тлумачення. До завдань Суду не входить також повторне дослідження фактів, установлених національними органами, на яких ґрунтується їхня юридична оцінка. Призначення Суду не в тому, щоб здійснювати перегляд висновків національних органів щодо конкретних обставин справи чи правової кваліфікації цих обставин відповідно до національного права, але в тому, щоб дати оцінку відповідним обґрунтуванням з точки зору вимог Конвенції [23, п.105].

Останнє особливо важливо з огляду на те, що ЄСПЛ не є вищою інстанцією відносно національних судів, але переглядає їхню компетентну юридичну оцінку лише на предмет узгодження з Конвенцією. Так, скажімо, об'єктом оцінки Суду при перегляді національної юридичної оцінки (в тому числі дослідження доказової бази чи вирішення процесуальних питань) може бути вмотивованість адміністративного чи судового рішення, свавільне здійснення дискреції (на відміну від законного) чи явна несумісність із принципами Конвенції. Отже, широта національної адміністративної (чи судової) дискреції обмежується рамками, встановленими правом Конвенції (її положеннями та практикою Суду).

Аналіз практики Суду стосовно меж державного *margin of appreciation* в кожному конкретному випадку в літературі здійснюється, як правило, в контексті певних конвенційних прав, при цьому в окрему групу виділяються ст. 8–11, ст. 14, ст. 15 ЄКПЛ та ст. 1 Першого Протоколу, що не означає застосування концепту виключно в контексті цих статей. Відповідна систематизація пояснюється

насамперед тим, що вказані групи прав передбачають різний рівень допустимої адміністративної дискреції, а також схожістю текстуальної структури окремих конвенційних положень.

Досить широкими можливостями розсуду держава наділена за змістом ст. 1 Першого Протоколу до Конвенції у відношенні права мирно володіти майном. Це впливає безпосередньо з тексту вказаної статті. При цьому, щоб обмеження було легітимним, необхідно витримати наступні критерії: збереження справедливого балансу приватного і публічного інтересів [24, пп. 46, 51, 54; 25, пп. 28–30]; втручання можливе не інакше, як на підставі закону чи у відповідності до принципів міжнародного права; втручання повинно переслідувати законну мету та бути необхідним у демократичному суспільстві; межі, спосіб і наслідки втручання повинні бути пропорційними до законної мети.

Значна широта свободи розсуду, яка надається державі при виконанні своїх зобов'язань за ст.1 Першого Протоколу у відношенні як обрання способів втручання у права, так і оцінки того, наскільки наслідки втручання будуть виправданими з огляду на досягнення законної мети [26], пов'язана насамперед із тим, що державні органи, маючи кращі знання про відповідне суспільство і його потреби, краще здатні оцінити, які заходи належить вчинити в кожному конкретному випадку для забезпечення публічного інтересу [27, п. 60]. Крім того, широкі межі державної дискреції пов'язані із відсутністю чітких визначень концептів «публічний інтерес», «необхідність у демократичному суспільстві», які визначаються в кожному конкретному випадку залежно від обставин справи. Водночас, в практиці Суду відповідні критерії постійно відшліфовуються та деталізуються. Скажімо, критерій *законності*, який є універсальним і має стосунок до всіх конвенційних прав, а не лише до права власності, і спрямований на убезпечення від свавільного здійснення дискреції, розпадається на більш чіткі вимоги: як то якість (зокрема зрозумілість та передбачуваність) [28, п. 56] та доступність закону [29, п. 87].

Загалом у справах стосовно застосування ст.1 Першого Протоколу межі державного розсуду досить широкі (*wide margin*). Це проілюстровано в практиці Суду стосовно різних аспектів права мирно володіти майном: експропріація власності [30, п. 53, 70, 72, 73] та адекватна компенсація [31, п. 16, 51, 54, 61, 62]; реституція [32, п. 69]; пенсійне забезпечення [33, п. 63]; державне регулювання пенсійного віку жінок і чоловіків у поєднанні зі ст. 14 ЄКПЛ [34, п. 52, 66]; оподаткування та штрафи [35, п. 566] тощо.

Варто зазначити, що левова частка справ, в яких констатовані порушення ст.1 Першого Протоколу, стосується саме недотримання справедливого балансу між публічним інтересом та правом заявника, тобто принципу пропорційності здійснених державою заходів легітимній меті. При цьому в кожному випадку ця пропорційність оцінюється в контексті обставин справи. Отже, наряду із широкими можливостями обрання заходів легітимних обмежень права мирно володіти майном, відповідальність держави загострюється таким важелем як збереження справедливого балансу між суспільною необхідністю та правом особи. Важливо також, що держава має довести, що пропорційність дотримано.

При перевірці дотримання ст.ст.8–11 ЄКПЛ Суд користується тією ж схемою, що і при встановленні порушень ст. 1 Першого Протоколу: спочатку слід встановити, чи мало місце власне втручання у право (обмеження права); якщо так – то чи було воно здійснене у відповідності до якісного закону, чи переслідувало законну мету; і нарешті, якщо дотримані попередні вимоги, Суд вирішує чи було втручання у право необхідним в демократичному суспільстві, тобто чи витримано принцип пропорційності. Проте, як свідчить практика Суду, держава наділена певним рівнем дискреції (*certain margin*) в цій категорії справ, що не є однозначно широким, а коливається залежно від низки факторів, зокрема: природи відповідного права та його значення для заявника, способу обмеження (втручання) права, мети втручання. При цьому межі державної дискреції будуть вужчими, в разі, коли відповідне право є вирішальним для ефективного здійснення інших ключових прав особи [36, п. 82]. У разі, коли на кону особливо важлива грань індивідуального буття чи особової ідентичності, межі дозволеної дискреції будуть звуженими. Проте, в разі, коли поміж державами – членами Ради Європи немає консенсусу щодо важливості спірного інтересу чи щодо того, яким чином слід здійснювати його захист, межі державного розсуду будуть ширшими [37, п. 77].

Без заглиблення у конкретні приклади Судової оцінки, з наведених тлумачень Суду зрозуміло, що у разі застосування концепту *margin of appreciation* Суд користується певними критеріями, дотримання яких в сумі дає позитивну відповідь стосовно виконання державою міжнародних зобов'язань за правом Конвенції, а порушення хоча б одного з них – має наслідком невиконання вимог права Конвенції.

Виникає питання, яка користь від того, що рівень дискреційної свободи в одних випадках позиціонується Судом як широкий, в інших – як вузький чи взагалі визначається як «певний рівень адміністративної дискреції», адже в кожному конкретному випадку Суд все одно в рамках розгляду справи про дотримання положень Конвенції надаватиме оцінку рішенням і діям (бездіяльності) національних органів влади і прийматиме відповідне рішення? Вважаємо, що, хоча це питання і не

позбавлене сенсу, а його значення яскраво демонструється під час критики застосування даного концепту Судом, яке подекуди є неоднозначним, концепт меж свободи дискреції виконує функцію дороговказу для державних органів при здійсненні їх першочергового завдання із забезпечення реалізації гарантованих Конвенцією прав. Так, вивчення практики Суду сприяє виробленню чіткішого бачення, які дії та рішення є несумісними із вимогами Конвенції, а отже являють собою порушення міжнародних зобов'язань у сфері захисту прав людини, оскільки за визначенням самого Суду, концепт *margin of appreciation* є «інструментом для визначення взаємовідносин між національними органами та Судом» [38, п. 184].

Західна доктрина оперує двома презумпціями стосовно меж державної дискреції: одна з них – презумпція дотримання державою своїх конвенційних зобов'язань [17, с. 329] – пов'язана з тими положеннями Конвенції, відступлення від яких прямо передбачене (в самому тексті відповідних положень чи в практиці Суду), інша – презумпція невиконання державою своїх зобов'язань [17, с.350] – стосується положень, рівень державної дискреції в яких в практиці Суду утвердився як вузький чи обмежений (*narrow or limited margin*). Перша стосується справ із залученням ст.15 ЄКПЛ, а останню традиційно пов'язують із практикою по ст. 14 ЄКПЛ (як правило, в поєднанні з іншими статтями), а також із абсолютними правами (ст.ст.2–5 ЄКПЛ). При цьому до доказування перед Судом обґрунтованості дій державних органів висуваються більш жорсткі вимоги, порівняно з випадками, коли конвенційні положення чітко встановлюють можливість відступлення від них. Варто зауважити, що зокрема тексти ст.ст. 2 та 5 Конвенції містять перелік допустимих відхилень від закріплених у них прав, проте ці права є невідчужуваними за природою, а тому доведення державою правомірності своїх дій при їх обмеженні є нелегкою справою.

У своїй практиці Суд неодноразово висловлювався стосовно меж державного розсуду у відношенні ст.6 ЄКПЛ. Право на справедливий суд, маючи комплексну структуру та будучи неабсолютним, передбачає розмаїття контекстів застосування концепту: щодо права на доступ до суду [39, п. 41]; щодо обґрунтованості судових рішень [40, п. 58]; щодо права на виконання остаточного рішення суду; щодо встановлення та застосування процесуальних строків [41, пп. 33–42]; забезпечення доступу до інформації про хід провадження [42, п. 29]; щодо розподілу справ певному суду чи судді [43, п. 71]; щодо права апелювати до вищих судів у кримінальних справах (ст. 2 Протоколу №7) [44, п. 59] тощо.

Стаття 6 Конвенції є джерелом багатьох автономних концепцій практики Суду, зокрема понять «кримінальне обвинувачення», «цивільне провадження», «суд», «свідок» та інші, стосовно яких Судом напрацьовані досить повні характеристики та набори критеріїв, які дозволяють визначити, чи підпадає те чи інше явище національної правової системи під концепт права Конвенції. Відтак логічно, що при інтерпретації відповідних автономних понять держави наділені досить вузькими можливостями розсуду або і взагалі – позбавлені його через однозначність підходів Суду. Це слід мати на увазі всім і завжди при посиланні на положення Конвенції і враховувати, що автономні концепції права Конвенції не є ідентичними на перший погляд співзвучним поняттям національного права.

Таким чином, попри свою недосконалість, концепт державної дискреції залишається прогресивним та дієвим інструментом у практиці Суду, вивчення якої на національному рівні зумовить краще усвідомлення субсидіарної ролі останнього та першочергового завдання держави з реалізації конвенційних зобов'язань. Особливого значення при цьому відведене напрацьованим Судом критеріям при оцінці того, чи не перевищено допустимі межі державного розсуду: законності, легітимній меті, пропорційності, ефективному підходу до реалізації права. Дехто з дослідників виокремлює також фактори, що спричиняють різний рівень допустимої державної дискреції, як, наприклад, характер відповідного конвенційного положення (ст. 15 Конвенції та ст. 1 Першого Протоколу допускають широкі можливості, ст.ст. 6, 8–11 – різноманітні, тоді, як ст.ст. 2–5 – жодних); природу задіяних інтересів (а надто належний баланс публічного та приватного); мета втручання у право (у випадку, якщо це забезпечення державної безпеки чи впровадження соціально-економічного політичного курсу – можливості розсуду будуть широкими); історичний контекст (якщо це, скажімо, перехідний економічний період чи період трансформації суспільно-політичного ладу – Суд визнає широкі межі державної дискреції); наявність консенсусу держав-членів РЄ при визначенні суспільних проблем та шляхів їх вирішення [18, с. 11–18].

Критерій консенсусу пов'язують із динамічним характером права Конвенції, яке постійно розвивається через практику Суду, відображаючи суспільно-політичні та правові зміни в державах-членах РЄ. Так, часто можна зустріти вислів, що норми Конвенції є «живим правом», які слід тлумачити в світлі подій сьогодення, а контент гарантованих нею прав постійно розширюється [45] посередництвом Судової практики. Існує багато прикладів того, як Суд, враховуючи наявність європейського консенсусу, оцінював межі державної дискреції (*Marckx v Belgium, L. and V. v. Austria, Alekseyev v. Russia* тощо). Аналіз цієї практики дозволяє констатувати, що у випадках, коли поміж

державами-членами РС існує спільне розуміння того, як слід оцінювати те чи інше суспільно-правове явище, межі державної дискреції при його оцінці будуть звуженими і навпаки, де відповідного консенсусу немає держава користуватиметься широкими можливостями розсуду.

Слід зауважити, що при застосуванні концепту меж державної дискреції ЄСПЛ розглядає державу виключно як єдине ціле, не допускаючи різні межі дискреції стосовно одного питання у різних її органів. Зокрема, якщо національні суди прийшли до певного висновку, їх позиція повинна сприйматись як обов'язкова з боку законодавчої і виконавчої влади без претензії на власне, відмінне від судового, бачення ними ситуації (особливо, коли судова оцінка співпадає з Конвенційними стандартами). Таку позицію Суд висловив у справі *A. and others v. The United Kingdom*, в якій, британський уряд, виправдовуючи нескасування парламентом законодавчого акту, визнаного Палатою Лордів дискримінаційним по відношенню до іноземців, у процесі розгляду справи в ЄСПЛ оспорював правомірність рішення найвищого судового органу своєї держави. Суд вказав, що концепт меж державної дискреції визначає взаємозв'язок між національними органами та Судом і «не може аналогічним чином застосовуватись до взаємовідносин між національними органами» [38], підтримавши позицію національного суду, чия оцінка була сумісною із принципами Конвенції, на відміну від позиції парламенту і уряду¹.

Наостанок підсумуємо, що в європейській правозахисній системі співвідношення ролей держави і інституцій РС визначається через керівні принципи субсидіарності, ефективної реалізації фундаментальних прав, законності, пропорційності та еволютивного (динамічного) тлумачення права. Дослідження відповідної практики ЄСПЛ є запорукою того, щоб вказані принципи не залишились декларативними, а національна правозастосовна практика – такою, що суперечить вимогам Конвенції. Важливо пам'ятати, що функції держави реалізуються посередництвом всіх органів, які здійснюють правозастосування, а практика Суду, за влучним визначенням юриста ЄСПЛ, має характер «*de facto erga omnes effect*» [10, п. 26], тому її системне вивчення не просто рекомендоване, а необхідне всім, хто перебуває на публічній службі.

Список використаних джерел:

1. Laakso v. Finland, Application no. 7361/05, Judgment of 15 January 2013, para.53 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115861>.
2. Hatton and Others v. the United Kingdom, Application no. 36022/97, Judgment of 8 July 2003, para.97 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://echr.ketse.com/doc/36022.97-en-20030708/view/>.
3. Buckland v. the United Kingdom, Application no. 40060/08, Judgment of 18 September 2012, para.63 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-113129>.
4. Scordino v. Italy (no. 1), Application no. 36813/97, Grand Chamber Judgment of 29 March 2006, para.140 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://echr.ketse.com/doc/36813.97-en-20060329/view/>.
5. Mosendz v. Ukraine, Application no. 52013/08, Judgment of 17 January 2013, para.68 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115887>.
6. Ratushna v. Ukraine, Application no. 17318/06, Judgment of 2 December 2010, para.57 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102023>.
7. A.B. v. the Netherlands, Application no.37328/97, Judgment of 29 January 2002, para.69 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60019>.
8. Yefimenko v. Russia, Application no. 152/04, Judgment of 12 February 2013, para.95 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116369>.
9. Jočienė Danutė, The subsidiary character of the Convention system - with reference to L. case v. Lithuania, No.27527/03 \ The role of Supreme Courts in the protection of human rights, Riga, 2012, p.2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&sqi=2&ved=0CC4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.at.gov.lv%2Ffiles%2Fdocs%2Fconferences%2Fprotectionconf%2Fjociene-galigais.doc&ei=R0dtUeXhAuS74ASM6oGYBg&usq=AFQjCNFHyDZ_znDZSmzPcTj16vJ1UVc1jA&bvm=bv.45175338,d.bGE.
10. Principle of Subsidiarity, Interlaken Follow-up \ Note by the Jurisconsult, 2010, para.11, 19 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D932C687-6805-4C0B-8828-EE7862873D0D/0/INTERLAKEN_Suivi_Subsiarit%C3%A9_EN.pdf.
11. Номер постанови суду I інстанції 29567881 (від 19 лютого 2013 року) в Єдиному державному реєстрі судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/29567881>.

¹ Така ситуація є вкрай актуальною для України і буде в подальшому вивчена автором.

12. Номер постанови суду I інстанції 30583185 (від 04 квітня 2013 року) в Єдиному державному реєстрі судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/30583185>.
13. Номер ухвали суду II інстанції 28508692 (від 10 грудня 2012 року) в Єдиному державному реєстрі судових рішень. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/28508692>.
14. Номер ухвали ВАСУ 10396202 (від 17 червня 2010 року) в Єдиному державному реєстрі судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/10396202>.
15. Brighton Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 19-20 April 2012, p.3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/8AC14EA9-A92B-4875-A76A-4E21A8B3AC5A/0/ENG_20120418_BRIGHTON_DECLARATION_FINALE.pdf.
16. Rozakis Christos, Concurring opinion in Odievre v France, Application no. 42326/98, Judgment of 13 February 2003 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60935>.
17. Kratochvil Jan, The inflation of the margin of appreciation by the European Court of Human Rights \ Netherlands quarterly of human rights, Vol. 29/3, 324–357, 2011, p.336–343.
18. Spielmann D., Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?, Version 2012, p.1-30, p.3 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.cels.law.cam.ac.uk/cels_lunchtime_seminars/Spielmann%20-%20margin%20of%20appreciation%20cover.pdf.
19. Greer S, The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights \ Council of Europe Publishing, Human rights files no.17, p.14 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17\(2000\).pdf](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf).
20. Arai-Takahashi Yutaka, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR, Intersentia, Antwerp - Oxford - New York, xx + 300 pp.
21. Korbely v. Hungary, Application no. 9174/02, Judgment of 19 September 2008, para.72 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-88429>.
22. Pla and Puncernau v. Andorra, Application no. 69498/01, Judgment of 13 July 2004, para.46 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61900>.
23. Сливенко (Slivenko) против Латвии, Жалоба №48321/99, Постановление от 9 октября 2003 г., п.105 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-94137>.
24. Yuriy Lobanov v. Russia, Application no. 15578/03, Judgment of 2 December 2010, para.46, 51, 54 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101913>.
25. Fomin and Others v. Russia, Application no. 34703/04, Judgment of 26 February 2013, para.28-30 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-116825>.
26. Nilsson v Sweden, Application no. 11811/05, Decision as to the admissibility of 26 February 2008 (The law) [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85409>.
27. Althoff and Others v. Germany, Application no. 5631/05, Judgment of 8 December 2011, para.60 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-107805>.
28. Shchokin v. Ukraine, Applications nos. 23759/03 and 37943/06, Judgment of 14 October 2010, para.56 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-100944>.
29. Silver and others v The United Kingdom, Application no. 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, Judgment of 25 March 1983, para.87 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57577>.
30. Kozacıoğlu v. Turkey, Application no.2334/03, Grand Chamber Judgment of 19 February 2009, paras.53, 70, 72, 73 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91413>.
31. Arsovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, Application no. 30206/06, Judgment of 15 January 2013, paras.16,51,54,61,62 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-115869>.
32. Čadek and Others v. the Czech Republic, Applications nos. 31933/08, 60084/08, 6185/09, 46696/09, 52792/09, 53518/09, 10185/10, 42151/10, 3167/11 and 20939/11, Judgment of 22 November 2012, para.69 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114659>.
33. Maggio and Others v. Italy, Applications nos. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 and 56001/08, Judgment of 31 May 2011, para.63 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104945>.

34. *Stec and Others v. the United Kingdom*, Applications nos. 65731/01 and 65900/01, Judgment of 12 April 2006, paras. 52, 66 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-73198>.
35. *ОАО Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*, Application no. 14902/04, Judgment of 20 September 2011, para.566, 574 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106308>.
36. *Connors v. the United Kingdom*, Application no. 66746/01, Judgment of 27 May 2004, para.82 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61795>.
37. *Evans v. the United Kingdom*, Application no.6339/05, Judgment of 10 April 2007, para.77 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80046>.
38. *A. and Others v. the United Kingdom*, Application no.3455/05, Judgment of 19 February 2009, para.184 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91403>.
39. *Petkoski and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application no.27736/03, Judgment of 8 January 2009, para.41 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-90418>.
40. *Seryavin and Others v. Ukraine*, Application no. 4909/04, Judgment of 10 February 2011, para.58 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103279>.
41. *Peretyaka and Sheremetyev v. Ukraine*, Applications nos. 17160/06 and 35548/06, Judgment of 21 December 2010, paras. 33–42 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102447>.
42. *Lukuanchenko v. Ukraine*, Application no. 17327/02, Judgment of 15 May 2008, para.29 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-86292>.
43. *Bochan v. Ukraine*, Application no. 7577/02, Judgment of 3 May 2007, para.71 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-80455>.
44. *Gurepka v. Ukraine*, Application no. 61406/00, Judgment of 6 September 2005, para.59 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-70094>.
45. *Kovler A., The role of consensus in the system of the European Convention on Human Rights \ Dialogue between judges, Discussion paper, 2008* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/D6DA05DA-8B1D-41C6-BC38-36CA6F864E6A/0/DIALOGUE_2008_EN.pdf.

** Магрело Марина Вадимівна – помічник судді Вищого адміністративного суду України.*

УДК 341.1

Олена Назаренко *

«ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА ЗАХИСТ»: ОСНОВИ КОНЦЕПЦІЇ

Стаття присвячена концепції «відповідальності за захист», сутність якої полягає в тому, що держави несуть відповідальність за захист свого населення від геноциду, військових злочинів, етнічних чисток і злочинів проти людяності. Міжнародне співтовариство також несе колективну відповідальність у цій сфері і вживає заходів для його захисту в ситуаціях, коли держава явно не в змозі це зробити.

Ключові слова: суверенітет, відповідальність за захист, геноцид, військові злочини, етнічні чистки, злочини проти людяності, відповідальність при захисті, ООН.

Назаренко Е. А. «Ответственность по защите»: основы концепции.

Статья посвящена концепции «ответственности по защите», которая означает, что государства несут ответственность за защиту своего населения от геноцида, военных преступлений, этнических чисток и преступлений против человечности. Международное сообщество также несет коллективную ответственность в сфере защиты населения и принимает меры для его защиты в ситуациях, когда государство явно не в состоянии это сделать.

Ключевые слова: суверенитет, ответственность за защиту, геноцид, военные преступления, этнические чистки, преступления против человечности, ответственность при защите, ООН.

Nazarenko O. A. The Responsibility to Protect: the framework.

The article deals with the «Responsibility to Protect» concept, which means that states have a responsibility to protect their own populations from mass atrocities -genocide, war crimes, ethnic cleansing and crimes against humanity; international community have also a collective responsibility to assist host