

e-ISSN 2310-323X

Ю Р И Д И Ч Н И Й Ж У Р Н А Л

ПРАВО УКРАЇНИ

Заснований у 1922 р. Видається щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію Серія КВ № 23026-12866ПР Передплатний індекс 74424

DOI: 10.33498/loiu-2019-11 ISSN 1026-9932

Адреса редакції вул. Багговутівська, 17–21 м. Київ, 04107, Україна тел.: +380(44) 537-51-10
Головний редактор доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України ОЛЕКСАНДР СВЯТОЦЬКИЙ

Веб-сайт: <http://www.pravoua.com.ua>
E-mail: editor.pravoua@gmail.com
Офіційна сторінка у Facebook: <https://www.facebook.com/pravoua.com.ua>
Голова Редакційної ради доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України РУСЛАН СТЕФАНЧУК

Юридичний журнал “Право України” внесено до:

Переліку наукових фахових видань у галузі юридичних наук (наказ Міністерства освіти і науки України від 28 грудня 2017 р. № 1714)

Міжнародної наукометричної бази даних EBSCO Publishing, Inc. (США)
(Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 р. та 1 травня 2015 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних Index Copernicus International (Польща)
(листопад 2014 р.)

Міжнародної наукометричної бази даних HeinOnline (США)
(Ліцензійна угода від 11 січня 2016 р.)

Бази даних періодичних видань Ulrichsweb (Ulrich’s Periodicals Directory) (США)
(з 2002 р.)

ВИДАВЕЦЬ
© Юридичне видавництво “Право України”



РАДА ПОЧЕСНИХ ЧЛЕНІВ *HONORIS CAUSA*

Співголови Ради

Василь Тацій, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Юрій Шемшученко, д. юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; Вільям Е. Батлер (WILLIAM E. BUTLER), Doctor of Law (LL.D.), Prof., Foreign Member of NAS of Ukraine, NALS of Ukraine (USA)

Члени Ради

Юрій Битяк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Вячеслав Борисов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Гончаренко, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Денисов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Микола Козюбра, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Крупчан, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Олена Лукашева, д. юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); Василь Нор, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Юрій Оборотов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Віталій Опришко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; Микола Панов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Дмитро Притика, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Петро Рабинович, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Анатолій Селіванов, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Микола Селівон, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Василь Сіренко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; Майдан Сулейменов, д. юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан; Іван Тимченко, к. юрид. наук, старш. наук. співроб., акад. НАПрН України; Володимир Тихий, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України

РЕДАКЦІЙНА РАДА

Олександр Святоцький (головний редактор), д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Руслан Стефанчук (голова), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Ірина Венедиктова (перш. заст. голови), д. юрид. наук, проф.; Олег Посикалюк (перш. заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Тетяна Коломоєць (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Вікторія Резнікова (заст. головного редактора), д. юрид. наук, проф.; Ольга Середа (заст. головного редактора), к. юрид. наук, доц.; Юрій Галаєвський (заст. головного редактора), засл. юрист України; Наталя Антонюк, к. юрид. наук., доц.; Юрген Базедов (JÜRGEN BASEDOW), Dr. iur., Dr. iur. h.c. mult, Prof. (Germany); Віктор Базов, к. юрид. наук; Сергій Балашенко, д. юрид. наук, проф. (Білорусь); Крістіан фон Бар (CHRISTIAN VON BAR), Dr. Dr. h.c. mult., Prof., FBA (Germany); Юрій Барабаш, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Євген Бараш, д. юрид. наук, проф.; Олександр Батанов, д. юрид. наук, проф.; Юрій Баулін,

д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Бевзенко, д. юрид. наук, проф.; НАЗАР БОБЕЧКО, д. юрид. наук, доц.; АНТОНІНА БОБКОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Андрій Бойко, д. юрид. наук, проф.; ІГОР БОЙКО, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР БРЬОСТЛ (OLEXANDER BRÖSTL), Dr. jur., Prof. (Slovakia); Володимир Бурдін, д. юрид. наук, проф.; ГАННА БУЯДЖИ, к. юрид. наук; ВАЛЕНТИНА ВАСИЛЬЄВА, д. юрид. наук, проф.; МАРСЕЛО ГАЛУППО (MARCELO GALUPPO), Ph.D. in Law, Prof. (Brazil); ДАНИЛО ГЕТМАНЦЕВ, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ ГЕТЬМАН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СЕРГІЙ ГОЛОВАТИЙ, д. юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; ВІКТОР ГРИЩУК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ДМИТРО ГУДИМА, к. юрид. наук., доц.; НАТАЛІЯ ГУТОРОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; АНАТОЛІЙ ДОВГЕРТ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ОЛЕКСАНДР ДРОЗДОВ, к. юрид. наук, доц.; ВІКТОР ЄРМОЛАЄВ, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Володимир Журавель, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ДМИТРО ЗАДИХАЙЛО, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ДЖОЗЕФ ЗІГЕЛЕ (JOSEF SIEGELE), Doctor of Law (Austria); АЛІЄВ АМІР ІБРАГІМ, д. юрид. наук, проф. (Азербайджан); ТЕТЯНА КАГАНОВСЬКА, д. юрид. наук, проф.; ІВАН КАЛАУР, д. юрид. наук, проф.; ОКСАНА КАПЛІНА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НІНА КАРПАЧОВА, к. юрид. наук, доц.; ОЛЕНА КІБЕНКО, д. юрид. наук, доц.; ВІКТОР КОЛІСНИК, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ КОЛОДІЙ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ВЯЧЕСЛАВ КОМАРОВ, к. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ТЕТЯНА КОМАРОВА, д. юрид. наук, доц.; ТЕТЯНА КОРНЯКОВА, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР КОСТЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ОЛЕКСІЙ КОТ, д. юрид. наук; ОЛЕНА КОХАНОВСЬКА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; СТАНІСЛАВ КРАВЧЕНКО; ВОЛОДИМИР КРАВЧУК, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСІЙ КРЕСІН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб., доц.; НАТАЛІЯ КУЗНЕЦОВА, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ПАВЛО КУЛИНИЧ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; МИКОЛА КУЧЕРЯВЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ІРИНА КУЯН, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; ЯРОСЛАВ ЛАЗУР, д. юрид. наук, доц.; ВАСИЛЬ ЛЕМАК, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; ЛЕОНІД ЛОБОЙКО, д. юрид. наук, проф.; ДМИТРО ЛУК'ЯНОВ, д. юрид. наук, доц., чл.-кор. НАПрН України; ДМИТРО ЛУСПЕНИК, к. юрид. наук., доц.; БОГДАН ЛЬВОВ, к. юрид. наук; РОМАН МАЙДАНИК, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; СЕРГІЙ МАКСИМОВ, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; АНДРІЙ МЕЛЕШЕВИЧ, д. філософії (Ph.D.), доц.; РОМАН МЕЛЬНИК, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР МЕРЕЖКО, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ МІНЧЕНКО, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; ЛІДІЯ МОСКВИЧ, д. юрид. наук, проф.; АНАТОЛІЙ МУЗИКА, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; НАТАЛІЯ ОНІЩЕНКО, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; ОЛЕСЯ ОТРАДНОВА, д. юрид. наук, доц.; НАТАЛІЯ ПАРХОМЕНКО, д. юрид. наук, проф.; ПЕТРО ПАЦУРКІВСЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; ОЛЕКСАНДР ПЕТРИШИН, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; РОМАН ПЕТРОВ, д. юрид. наук, проф.; ПИЛИП ПИЛИПЕНКО, д. юрид. наук, проф.; МИКОЛА ПОГОРЕЦЬКИЙ, д. юрид. наук, проф.; СЕРГІЙ ПОГРІБНИЙ,

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ, ПАРТНЕРИ

д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олег Подцерковний, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Юрій Притика, д. юрид. наук, проф.; Олександр Прокопенко, к. юрид. наук; Наталя Рассказова, к. юрид. наук, доц. (Росія); Михайло Савчин, д. юрид. наук, проф.; Ірина Сениота, д. юрид. наук, доц.; Світлана Сербогіна, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Олександр Скрипнюк, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Ігор Сліденко, д. юрид. наук; Ксенія Смирнова, д. юрид. наук, доц.; Михайло Смокович, д. юрид. наук; Марина Стефанчук, д. юрид. наук; Микола Стефанчук, к. юрид. наук, доц.; Семен Стеценко, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Хірохіде Такікава, (HiRONIDE TAKIKAWA), Prof. (Japan); Михайло Теплюк, д. юрид. наук; Олег Ткачук, д. юрид. наук, доц.; Вячеслав Труба, к. юрид. наук, проф.; Спиридон Флогатіс (SPYRIDON FLOGATIS), Ph.D. in Law, Prof. (Greece); Джабір Халілов, к. юрид. наук, доц. (Азербайджан); Євген Харитонов, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Наталя Хуторян, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Галія Чанишева, д. юрид. наук, проф.; Олександр Чирич (OLEKSANDR CIRIC), Doctor of Law, Prof. (Serbia); Станіслав Шевчук, д. юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; Валерій Шепітько, д. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; Михайло Шумило, д. юрид. наук, старш. наук. співроб.; Олексій Ющик, д. юрид. наук, проф.; Ячіко Ямада (YASHIKO YAMADA) Prof. (Japan); Олександра Яновська, д. юрид. наук, проф.

РАДА КОЛЕКТИВНИХ ЧЛЕНІВ

Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого; Дніпровський національний університет імені Олеся Гончара; Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ; Донецький національний університет імені Василя Стуса; Національна академія прокуратури України; Національний університет “Києво-Могилянська академія”; Національний університет “Острозька академія”; НТУУ “Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського”; Одеський державний університет внутрішніх справ; Одеський національний університет імені І. І. Мечникова; Прикарпатський національний університет імені Василя Стефаника; Ужгородський національний університет; Харківський національний університет внутрішніх справ

ПАРТНЕРИ

АО “Адвокатська компанія ‘Кайрос’”; ГО “Ліга професорів права”; ГО “Союз юристів України”; Юридичний портал *Ratio Decidendi*; Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України; Морська арбітражна комісія при Торгово-промисловій палаті України

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:
“ДОКТРИНА НАРОДОВЛАДДЯ:

ЦІННІСНА ХАРАКТЕРИСТИКА В УМОВАХ ВИКЛИКІВ СЬОГОДЕННЯ”

| | |
|--|-----|
| Вступне слово головного редактора та голови Редакційної ради..... | 11 |
| Доповідь про правовладдя. Ухвалено Європейською Комісією “За демократію через право” (Венеційська Комісія) на її 86-му пленарному засіданні (CDL-AD(2011)003rev, Венеція, 25–26 березня 2011 року)..... | 14 |
| СЕРГІЙ ГОЛОВАТИЙ “Верховенство права” не працює. Коментар до тексту документа Венеційської Комісії “Доповідь про правовладдя” (“Report on the Rule of Law”), що її ухвалено на 86-му пленарному засіданні 25–26 березня 2011 року (CDL-AD(2011)003rev) | 39 |
| <i>I. Верховенство права як конституційна цінність і підвалина справжнього народовладдя</i> | |
| МИКОЛА КОЗЮБРА Взаємозв’язки між народовладдям, парламентаризмом та верховенством права: європейські стандарти і сучасні українські реалії | 83 |
| ГАЛИНА ДОВГАНЬ Доктрина верховенства права Європейського Союзу: національний аспект (позиція конституційних судів окремих держав – членів ЄС) | 98 |
| <i>II. Забезпечення прав людини як необхідна умова народовладдя</i> | |
| СВЯТОСЛАВ ДОБРЯНСЬКИЙ Права людини в Європейському Союзі: можливості удосконалення юридичного гарантування | 108 |
| ОЛЕГ ПАНКЕВИЧ Концепт мультикультуралізму крізь призму проблеми забезпечення прав національних меншин | 128 |

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 11 • 5-7

ЗМІСТ

III. Міжнародні аспекти здійснення народовладдя

ОЛЕКСАНДР МЕРЕЖКО
Міжнародно-правові аспекти принципу народовладдя 144

КСЕНІЯ СМІРНОВА
Європейський парламентаризм як феномен представництва
в міждержавних інтеграційних об'єднаннях:
еволюція становлення та сучасні тенденції 153

*IV. Історичні витоки та сучасні виклики здійснення
народовладдя в Україні*

ІГОР БОЙКО
Витоки, становлення та розвиток інституту
народовладдя в Україні 165

ВІКТОР КОЛІСНИК
Уповільнення демократичного поступу України на тлі нових викликів
та дезорієнтації громадянського суспільства 183

ВЛАДИСЛАВ ФЕДОРЕНКО
Демократія, демократизація та феномен
“електоральної революції” 2019 року в Україні 200

V. Розвиток народовладдя в сучасному інформаційному суспільстві

ПАВЛО КУФТИРЄВ
Концепція прямої електронної демократії
як доцільний напрям розвитку України 225

ОЛЕНА ЛОЛЕНКО
Відкриті дані як інструмент народовладдя 241

ВИБРАНА БІБЛІОГРАФІЯ З АКТУАЛЬНОЇ ТЕМИ “ДОКТРИНА НАРОДОВЛАДДЯ:
ЦІННІСНА ХАРАКТЕРИСТИКА В УМОВАХ ВИКЛИКІВ СЬОГОДЕННЯ” 255

ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

ІВАН ЛІЩИНА
Скасування остаточних судових рішень
як порушення права власності
у практиці Європейського суду з прав людини
та сучасний стан проблеми
в українському судочинстві 256

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

| | |
|---|-----|
| Андріанна Бадида Соціальні права у системі фундаментальних прав людини | 272 |
|---|-----|

РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОСУДДЯ

| | |
|--|-----|
| Людмила Скомороха Морально-етичні складові посади судді в Україні | 281 |
| Петро Рудик Реформування конституційно-правових засад системи судоустрою України в контексті конституційної реформи 2016 року і міжнародних та європейських вимог | 293 |

ПРОКУРАТУРА УКРАЇНИ: ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ

| | |
|---|-----|
| Нана Бакаянова, Олексій Свида Перспективи розвитку прокуратури України у світлі законодавчих змін | 316 |
|---|-----|

ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

| | |
|---|-----|
| Про ефективний арбітраж та медіацію (за матеріалами VI Міжнародних арбітражних читань пам'яті академіка І. Г. Побірченка, м. Київ, 10–11 жовтня 2019 року) | 334 |
|---|-----|

ПЕРСОНАЛІЇ

| | |
|---|-----|
| Михайло Баймуратов, Наталя Бочарова “Я ДРУГ КОНСТИТУЦІЇ”. Видатний німецький учений-конституціоналіст Дітер Грімм. | 342 |
|---|-----|

RATIO DECIDENDI – ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Практика Європейського суду з прав людини

| | |
|---|-----|
| Витяг із рішення Європейського суду з прав людини від 16 березня 2006 року у справі “Жданока проти Латвії” | 352 |
|---|-----|

Актуальна тема наступного номера:
“ІНСТИТУТ АДВОКАТУРИ У НАЦІОНАЛЬНІЙ ПРАВОВІЙ ДОКТРИНІ”

TABLE OF CONTENTS

Central Topic of the Issue:
“THE DOCTRINE OF DEMOCRACY:
VALUE CHARACTERIZATION IN THE CONTEXT OF TODAY’S CHALLENGES”

INTRODUCTORY WORD BY EDITOR-IN-CHIEF
AND CHAIRMAN OF THE EDITORIAL BOARD 11

Report on the Rule of Law. Adopted by the European Commission
for Democracy through Law (Venice Commission)
at its 86th Plenary Meeting
(CDL-AD(2011)003rev, Venice, March 25–26, 2011) 14

SERHIY HOLOVATY
Commentary to the Venice Commission
“Report on the Rule of Law”, adopted at the 86th Plenary Meeting,
March 25–26, 2011 (CDL-AD(2011)003rev) 39

*I. Rule of Law as the Constitutional Value
and the Foundation of Real Rule of the People*

MYKOLA KOZIUBRA
Interrelationships Between Democracy, Parliamentarism
and the Rule of Law: the European Standards
and Today’s Ukrainian Realities 83

HALYNA DOVHAN
The Doctrine of Primacy of European Union Law:
National Dimension (Position of Constitutional Courts
of Particular EU Member States) 98

II. Ensuring of Human Rights as an Essential Prerequisite for Democracy

SVIATOSLAV DOBRIANSKIY
Human Rights in the European Union:
Opportunities to Improve Legal Guarantees 108

OLEH PANKEVYCH
The Concept of Multiculturalism through the Prism
of the Problem of Ensuring the National Minorities’ Rights 128

III. International Aspects of the Implementation of Democracy

OLEKSANDR MEREZHKO
International Law Aspects of the Democracy Principle 144

KSENIIA SMYRNOVA
European Parliamentarism as a Phenomenon of Representation
in the Interstate Integration Associations:
Evolution of Establishment and Current Trends 153

*IV. Historical Origins and Contemporary Challenges of the Implementation
of Democracy in Ukraine*

IHOR BOIKO
The Origins, Establishment and Development of Democracy
as an Institution in Ukraine. 165

VIKTOR KOLISNYK
Slowdown of Ukraine’s Democratic Progress against the Background
of New Challenges and Disorientation of Civil Society. 183

VLADISLAV FEDORENKO
Democracy, Democratization and the Phenomenon
of “Electoral Revolution” of 2019 in Ukraine. 200

V. Development of Democracy in the Modern Information Society

PAVLO KUFTYREV
The Concept of Direct Electronic Democracy
as the Opportune Development Course of Ukraine. 225

OLENA LOLENKO
Open Data as an Instrument of Democracy 241

SELECTED BIBLIOGRAPHY ON THE CENTRAL TOPIC
“The Doctrine of Democracy:
Value Characterization in the Context of Today’s Challenges” 255

CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

IVAN LISHCHYNA
Rescission of Final Court Judgments as Property Right Violation
in the Case Law of the European Court of Human Rights
and Today’s Situation Regarding This Issue
in the Ukrainian Court’s Jurisprudence. 256

TABLE OF CONTENTS

PROTECTION OF HUMAN AND CITIZEN'S RIGHTS

ANDRIANNA BADYDA

Social Rights in the System of Fundamental Human Rights 272

REFORMS OF JUSTICE

LIUDMYLA SKOMOROKHA

Moral and Ethical Components of the Post of Judge in Ukraine 281

PETRO RUDYK

Reforms of the Constitutional and Legal Framework
of Ukraine's Judiciary System in the Context of the Constitutional Reform
of 2016 and International and European Requirements 293

PUBLIC PROSECUTION IN UKRAINE:
ISSUES OF ORGANIZATION AND ACTIVITY

NANA BAKAIANOVA, OLEKSII SVYDA

Development Prospects of Public Prosecution in Ukraine
in the Light of Legislative Changes 316

LEGAL CHRONICLE

On the Efficient Arbitration and Mediation
(Based on the Materials of the VI International Arbitration Readings
in Memory of Academician I. H. Pobirchenko,
Kyiv, October 10–11, 2019) 334

PERSONALITIES

MYKHAILO BAYMURATOV, NATALIYA BOCHAROVA

“I AM A FRIEND OF THE CONSTITUTION”.
Prominent German Constitutional Scholar Dieter Grimm 342

RATIO DECIDENDI – CASE LAW UNITY AND STABILITY

Case Law of the European Court of Human Rights

Abstract of ECHR Judgment of March 16, 2006
in the Case of Zdanoka v. Latvia 352

www.pravolia.com.ua

Central Topic of the Next Issue:

“THE INSTITUTION OF ADVOCACY IN THE NATIONAL LAW DOCTRINE”

ІПАВО



Актуальна тема номера:
“ДОКТРИНА НАРОДОВЛАДДЯ:
ЦІННІСНА ХАРАКТЕРИСТИКА
В УМОВАХ ВИКЛИКІВ СЬОГОДЕННЯ”



Олександр Святоцький

головний редактор
юридичного журналу “Право України”,
доктор юридичних наук, професор,
академік НАПрН України,
заслужений юрист України



Руслан Стефанчук

голова Редакційної ради
юридичного журналу “Право України”,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений діяч науки і техніки України

ВСТУПНЕ СЛОВО
ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА ТА ГОЛОВИ РЕДАКЦІЙНОЇ РАДИ

Україна, починаючи з моменту проголошення незалежності й донині, перебуває на шляху демократизації, яка стала неухильним процесом, що супроводжує сучасний період відбудови української державності. Важливо усвідомлювати, що ми були не безуспішними на цьому шляху, свідченням чого є визнання України країною усталеної демократизації (див.: *Christian W. Haerpfer (ed), Democratization (1st Edition, Oxford University Press 2009)*) та віднесення її до “вільних” країн (див.: звіти міжнародної правозахисної неурядової організації “*Freedom House*” з оцінки ступеня демократичних свобод в Україні з 2006 по 2010 рр.). У світлі цього стає очевидним, що прагнення українського народу до народовладдя є не лише породженням сучасності, а й має глибокі історичні корені

© Олександр Святоцький, Руслан Стефанчук, 2019

та є невід’ємною складовою української державно-правової традиції. Однак водночас процес демократизації не можна вважати завершеним, а його результати – такими, що повною мірою відповідають потребам і викликам сьогодення, а головне – сподіванням українського народу.

Суперечливість результатів демократизації обумовлена як внутрішніми, так і зовнішніми чинниками, як політичними, так і соціально-економічними факторами, може бути простежена на рівні більшості проявів принципу народовладдя, проголошеного у ст. 5 Конституції України. Беззаперечно, найбільших успіхів наша держава здобула в розвитку виборної демократії. Так, вибори Президента України, народних депутатів, так само як і місцеві вибори проводяться регулярно та загалом визнаються міжнародними організаціями й спостерігачами такими, що відповідають стандартам демократії. Однак тоді як деяке виборче законодавство приймається незадовго до голосування, прогалини у ньому залишаються очевидними, а саму діючу змішану систему виборів до парламенту можна критикувати за “вразливість до маніпуляцій і підкупу виборців”. Тому на порядку денному постає питання про прийняття Виборчого кодексу.

Інша форма безпосередньої демократії – референдум – отримала ще менше позитивного практичного втілення. Так, єдиний всеукраїнський референдум, проведений після прийняття Конституції України (16 квітня 2000 р.), був підданий критиці з боку Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеційська Комісія), яка висловила серйозні сумніви щодо його “конституційності та прийнятності в цілому” (див.: *Constitutional Referendum in Ukraine: Opinion Adopted by the Commission at its 42nd Plenary Session*). У законодавчому регулюванні референдумної демократії взагалі утворився правовий вакуум, оскільки Закон України від 3 липня 1991 р. “Про всеукраїнський та місцеві референдуми” втратив чинність, а Закон України від 6 листопада 2012 р. “Про всеукраїнський референдум” визнано неконституційним.

Одночасно належного доктринального обґрунтування вимагають пропозиції щодо розширення конституційних форм прямої демократії на загальнонаціональному рівні, зокрема й завдяки законодавчій ініціативі народу. Важливо при цьому забезпечити збалансованість безпосередніх та опосередкованих форм реалізації волі народу як носія суверенітету й єдиного джерела влади в Україні.

Усе це свідчить про необхідність системного законодавчого, зокрема й на рівні Основного Закону, забезпечення правового регулювання форм безпосереднього, а також опосередкованого народовладдя, яке відповідало б правовим стандартам демократії та забезпечувало б неухильне дотримання її базових принципів – верховенства права та поділу влади.

Питання політико-правового забезпечення народовладдя вже ставали предметом наукової дискусії на сторінках видання. Зокрема, у 2010 р. юридичний журнал “Право України” провів Всеукраїнський форум учених-правознавців “Влада в Україні: шляхи до ефективності”, на якому, серед іншого, обговорювалися питання народовладдя як основи правової держави, співвідношення суверенітету народу та публічної влади, а також установчої влади українського народу. Однак актуальність таких досліджень нині тільки посилюється. Саме тому цей та попередній номер нашого видання присвячені актуальній темі “Доктрина народовладдя”, яка розкривається провідними науковцями як із точки зору “вчення про фундаментальний принцип” (№ 10/2019), так і “ціннісної характеристики в умовах викликів сьогодення” (№ 11/2019).



Страсбург, 4 квітня 2011 року
Дослідження № 512/2009

CDL-AD(2011)003rev
Ор. англ.*

ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ “ЗА ДЕМОКРАТІЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО”
(ВЕНЕЦІЙСЬКА КОМІСІЯ)

**ДОПОВІДЬ
ПРО ПРАВОВЛАДДЯ**

Ухвалено Венеційською Комісією
на її 86-му пленарному засіданні
(Венеція, 25–26 березня 2011 року)

на основі коментарів, що їх надали:

пан Пітер Ван ДАЙК (член Комісії, Нідерланди)
пані Грет ГАЛЛЕР (член Комісії, Швейцарія)
пан Джефрі ДЖОУЕЛ (член Комісії, Велика Британія)
пан Каарло ТУОРИ (член Комісії, Фінляндія)

www.pravo.ua.com.ua

* Переклад українською С. Головатого.
Текст перекладу подається в авторській редакції та зі збереженням форматування.

ЗМІСТ

- I. Вступ
 - II. Історичні витоки понять *Rule of Law*, *Etat de droit* та *Rechtsstaat*
 - III. Правовладдя в позитивному праві
 - IV. У пошуку чіткого розуміння
 - V. Нові виклики
 - VI. Висновок
- Додаток: Мірило оцінювання стану правовладдя в окремішній державі

I. Вступ

1. Поняття «правовладдя» (англ. «*Rule of Law*») заодно з демократією та людськими правами¹ становить три підпори Ради Європи, і його схвалено в преамбулі Європейської конвенції з людських прав.

2. Його також виплекано у низці міжнародних інструментів із людських прав та в інших документах, що визначають стандарти.

3. За підоснову цього дослідження слугує Резолюція 1594 (2007) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Принцип правовладдя» («*The principle of the rule of law*») (див., зокрема, параграф 6.2 стосовно Венеційської Комісії). Мета дослідження – з'ясувати консенсуальне розуміння сутності правовладдя, котре стало б у пригоді міжнародним організаціям, а також національним і міжнародним судам при тлумаченні й застосуванні цієї засадничої цінності. Власне тому це розуміння має бути такого характеру, що уможливило б його практичне застосування.

4. Важливо зауважити із самого початку, що поняття «правовладдя» («*Rule of Law*»), попри термінологічну схожість із поняттями «*Rechtsstaat*», «*Estado de Direito*» та «*Etat de droit*» (або з терміном, що його застосовує Рада Європи: «*prééminence de droit*»), не завжди є синонімічним до них. Не синонімічне воно ані до російського поняття «*верховенство закона*», ані до російського терміна «*правовое государство*»².

5. Ця доповідь має на меті мінімізувати розбіжності, що існують між наведеними вище поняттями, особливо стосовно «*Rule of Law*» («правовладдя»), «*Rechtsstaat*» та «*Etat de droit*»³.

6. Венеційська Комісія ухвалила цю доповідь на своєму 86-му пленарному засіданні (25–26 березня 2011 року).

II. Історичні витоки понять *Rule of Law*, *Etat de droit* та *Rechtsstaat*

7. Властивості, втілені в понятті *rule of law* (правовладдя), виносились на обговорення століттями й сягають часів античності. Платон зазначав: «Там, де закон підпорядковано якійсь іншій владі, а він сам

¹ Статут Ради Європи (ETS No. 001), зокрема його преамбула та Стаття 3.

² Hiroshi Oda, "The Emergence of Pravovoe Gosudarstvo (Rechtsstaat) in Russia" 25 Review of Central and East European Law 1999 No. 3, 373.

³ Стосовно відмінностей між поняттями «*Rechtsstaat*», «*Rule of Law*» та «*Etat de droit*» за сутністю та їхніми витоками див.: M. Loughlin, *Foundations of Public Law* (2010), chap. 11.

не має власної – падіння держави, на мій погляд, не за горами. Там же, де закон є главою врядування, а воно самé є його рабом, справа цілковито не безнадійна, а люди насолоджуються всіма благами, що ними усі боги обдаровують державу»⁴. Сучасне ж розуміння поняття *rule of law* (правовладдя) запровадив, зокрема, британський правник-конституціоналіст, професор А.В. Дайсі (A.V. Dicey) у праці “*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*” (1885 р.)⁵.

8. А. Дайсі вважав, що існувало два принципи, властивих некодифікованій британській конституції. Перший і найважливіший – суверенітет або верховенство парламенту (*sovereignty or supremacy of Parliament*): у такий спосіб схвалювалось поняття представницького врядування як головної риси демократичної держави. Другим принципом, що виступав як стримувач першого (проте в контексті традиції Об'єднаного Королівства не міг його пересилити), було правовладдя (*the rule of law*).

9. З цієї причини А. Дайсі вбачав у правовладді те, що стримує (хоча не цілком контролює) теоретично безмежну (в британському контексті) владу держави над особою. Як він вважав, принцип правовладдя став результатом звичаєвого (що його дуже довго творили судді) права (і тому його не обов'язково було кодифікувати в будь-якій писаній конституції). З погляду А. Дайсі, правовладдя мало три стрижневі характерні риси. Перша – нікого не може бути покарано, крім як за порушення приписів права, які мають бути однозначними і передбачними, з тим щоб скеровувати дії або справи людей та унеможливити їх покарання ретроспективно. А. Дайсі вважав, що дискреційне повноваження тяжіє до свавільності. Друга риса – ніхто не повинен бути понад приписами права та всім (у суспільстві) підпорядковано приписам однаково. Третя риса – правовладдя впливає не з якоїсь писаної конституції, а зі «звичаєвого (витвореного суддями) права».

10. Третя характерна риса правовладдя, що її визначив А. Дайсі, не має шансів на існування в сучасному суспільстві. Хоча перша риса (законність та визначеність) і друга (рівність) і є стрижневими для цього поняття, погляд А. Дайсі на юридичну визначеність не був сприйнятий

⁴ Plato, *Laws*, Book IV, 715 d; *Complete Works*, Cooper, John et al., Hackett Publishing Company Inc., 1997, Indiana, p. 1402. Стосовно витоків поняття “Rule of Law” («правовладдя») ув античні часи див.: M. Loughlin, *Swords and Scales* (2000), chap. 5; B. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics and Theory* (2004), chap. 1.

⁵ 10-е видання, 1959 (автор вступу – E.C.S. Wade), London, MacMillan, chap. 4 [назва праці українською: «Вступ до вивчення конституційного права»].

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

усіма в тій частині, де йшлося, що будь-яке дискреційне повноваження неодмінно спричинятиметься до «свавільного» здійснення влади⁶.

11. У першій половині ХХ століття правовладдя стало поняттям, що породило гострі суперечки, бо творці «держави загального достатку» (*welfare state*) подавали те, що А. Дайсі не сприймає дискреційних повноважень, як заперечення ним втручання з боку влади. На дискрецію дивились, як на щось потрібне при ухваленні рішень у все складнішому суспільстві.

12. Від середини ХХ століття зникла несумісність між правовладдям і дискреційним повноваженням. Дискрецію було сприйнято. Але все одно їй належить стримувати буквою й метою закону, що ним надаються дискреційні повноваження, а так само іншими складниками правовладдя, як то: щоб кожен мав доступ до справедливих процедур у безсторонньому та незалежному суді та щоб приписи закону застосовувались послідовно, однаковою мірою та в спосіб, який не є свавільним або позбавленим здорового глузду.

13. Поняття *Rechtsstaat* («правна держава»), за визначенням, зосереджує свою увагу набагато більше на природі держави. Тоді як правовладдя виникло в судових залах, *Rechtsstaat* походить із писаних конституцій⁷. Головним теоретиком цього поняття був Роберт фон Моль (*Robert von Mohl*) (1831 р.). *Rechtsstaat* окреслювалось як заперечення абсолютистської держави, характерним для якої було надання виконавчій владі необмежених повноважень. Захист від абсолютизму мала забезпечувати радше законодавча влада, ніж єдино суди.

14. Французький підхід можна простежити в Декларації прав людини і громадянина (1789 р.). Поняття *Etat de droit* («держава права/правна держава»), успадковане від позитивістської концепції *Etat legal* («законна держава»), менше наголошує на природі держави, яку розглядає як гаранта виплеканих у конституції засадничих прав супроти законодавця. За результатами розвитку поняття *Etat de droit*, що його здійснив Каре де Мальбер (*Carré de Malberg*) на початку ХХ століття, конституційний (судовий) нагляд за звичайним законодавством став частиною цього поняття⁸.

⁶ З цього питання див. Jeffrey Jowell, "The Rule of Law and its Underlying Values", in *The Changing Constitution*, edited by Jeffrey Jowell and Dawn Oliver, 7th edition, Oxford University Press 2011; Kaarlo Tuori, *The Rule of Law and the Rechtsstaat*, in *Ratio and Voluntas*, Ashgate 2011, chap. 7, pp. 8 ff; Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union*, Uppsala: Iustus Förlag 2007, pp. 61 ff.

⁷ Wennerström, p. 50.

⁸ Див., зокрема: Wennerström, pp. 73 ff.

15. Правовладдя (*the rule of law*) тлумачили різноманітно. Але його слід відрізнити від суто формалістичного загального уявлення, коли будь-яка дія посадовця публічної влади, на яку його уповноважено приписами права, сприймається як така, що відповідає вимогам правовладдя. З плином часу сутність правовладдя в деяких країнах зазнала спотворення й стала рівнозначною концепціям: «здійснювання влади шляхом корисливого використання приписів права» (*rule by law*), або «здійснювання влади шляхом корисливого використання закону» (*rule by the law*), або ж навіть «зведення поняття “право” лише до писаних норм» (*law by rules*). Такі тлумачення уможлилювали авторитарні дії з боку органів влади та не відображають того значення, що його правовладдя має нині⁹.

16. Правовладдя в належному розумінні слова є невідокремною частиною будь-якого демократичного суспільства, і поняття правовладдя вимагає, щоб усі, хто уповноважений ухвалювати рішення, ставилися до кожного на основі гідності, рівності й здорового глузду та відповідно до приписів права, а також щоб кожен мав можливість оскаржити неправомірність рішень у незалежному та безсторонньому суді, де кожному забезпечено справедливі процедури. Отже, правовладдя звернено до здійснення влади й до взаємин між особою та державою. Втім, важливо визнати, що останнім часом унаслідок глобалізації та дерегуляції з'явилися публічні суб'єкти міжнародного й транснаціонального рівнів, а також приватні й гібридні суб'єкти, які мають великий вплив як на органи державної влади, так і на приватних осіб (громадян). Нижче, у розділі V цієї доповіді («Нові виклики»), коротко йтиметься про те, чи слід тлумачення правовладдя розширити задля стримування дій цих суб'єктів нарівні з діями традиційних органів публічної влади на державному рівні.

III. Правовладдя в позитивному праві

a. Міжнародне право

17. Поняття правовладдя можна виявити як на національному рівні, так і на міжнародному¹⁰. Найважливішими документами в цьому аспекті є міжнародні договори. У цьому розділі спочатку йтиметься про доку-

⁹ Див. працю С. Головатого з правовладдя в 3-х книгах: *Верховенство права*. Київ, Видавництво «Фенікс» (2006) LXIV,1747 (Книга 1: Верховенство права: Від ідеї до доктрини; Книга 2: Верховенство права: Від доктрини до принципу; Книга 3: Верховенство права: Український досвід).

¹⁰ Див.: R. McCorquodale, ed. *The Rule of Law in International and Comparative Context*, British Inst of International and Comparative Law (2010).

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

менти, що їх опрацювали кілька міжнародних і наднаціональних організацій (а), а потім – про приклади з національного права (b).

18. У документах *Ради Європи* найважливіші посилання на правовладдя містяться в:

- преамбулі Статуту Ради Європи, де наголошено на «відданості» держав-членів «духовним і моральним цінностям, що є спільною спадщиною їхніх народів та істинним джерелом особистої свободи, політичної свободи й правовладдя – принципів, що становлять підвалини всякої правдивої демократії»;
- преамбулі Європейської Конвенції з людських прав, де зазначено, що «уряди європейських країн <...> є одностайними й мають спільну спадщину політичних традицій, ідеалів, свободи та правовладдя».

19. Ув обох випадках вираз *rule of law* перекладено французькою як *prééminence du droit* («вищість права»), а не як *Etat de droit* («державна права/правна держава»).

20. Однак тексти цих документів не містять визначення ані поняття *the rule of law* («правовладдя»), ані понять *Rechtsstaat* («правна держава») або *Etat de droit* («державна права/правна держава»).

21. Приміром, порушуючи питання «правовладдя з погляду його ролі в стрижневій місії Ради Європи», Комітет Міністрів *Ради Європи* цитував чимало документів, що посилаються на це поняття, але він також зазначив, що «попередній огляд [цих документів] не є достатнім для укладання переліку ключових вимог правовладдя, визнаних Радою Європи, не кажучи вже про саме його визначення»¹¹. З огляду на це в документі констатовано, що «[Рада Європи] працює прагматично день у день задля утвердження й зміцнення правовладдя в державах-членах та поміж ними». Однак така прагматика та підхід на вимогу часу (*ad hoc*), схоже, прокладають шлях до консенсусу щодо включення до складу правовладдя таких конкретних вимог, як: заборона свавільності, право на звернення за відновленням у правах незалежними суддями в доступних судах, юридична визначеність і рівність усіх перед приписами права¹².

¹¹ Див.: The Council of Europe and the Rule of Law – An overview – CM(2008)170, 21 November 2008, para. 22.

¹² *Ibid.*, paras. 29-30. Див. також: G. Palombella and N. Walker, *Relocating the Rule of Law*, Hart Publishing, 2009.

22. Ухвалена Парламентською Асамблеєю Ради Європи 23 листопада 2007 року Резолюція 1594 (2007) «Принцип правовладдя» («*The principle of the rule of law*») також не проливає світла на присутній зміст цього принципу.

23. Більше можна почерпнути з практики Європейського Суду з людських прав. Суд вважає, що правовладдя є концепцією, яка властива всім статтям Конвенції (та застосовує французькою не лише поняття *prééminence du droit*, а й *Etat de droit*)¹³. Практика Європейського Суду з людських прав, підсумована в згаданій доповіді, що її опрацьовано в рамках головування Швеції в Комітеті Міністрів (CM(2008)170), застосовує поняття правовладдя до багатьох питань за досить формального підходу, починаючи від принципу законності у вузькому сенсі, втім, розвиваючи різноманітні аспекти (процесові) справедливої процедури та юридичної визначеності, а також поділу влади (включно із судовою) та рівності перед приписами права¹⁴. У справі *Golder v. UK* (1975 р.) 1 EHRR 524 Суд констатував: «навіть чи можна збагнути правовладдя за браком можливості мати доступ до суду» (параграф 34). Див. також справу *Philis v. Greece* (1991 р.), *Series A* No. 209 (параграф. 59). Проте посилення Суду на правовладдя як на те, що властиве всім статтям Конвенції, надає йому також субстанційної (матеріальної) природи¹⁵.

24. В *Організації Об'єднаних Націй* наведене в преамбулі Всесвітньої декларації людських прав (1948 р.) поняття правовладдя застосовується для впровадження низки принципів, що мають властивість змінюватися залежно від того чи іншого контексту. Порівняння двох доповідей, опрацьованих із коротким інтервалом (2002 р. і 2004 р.), демонструє різноманітність підходів. Перша наголошує, приміром, на елементах, як то: незалежне судівництво, незалежні інституції з людських прав, визначені та обмежені повноваження влади, справедливі та відкриті вибори. Натомість друга зосереджує увагу (в більш класичний спосіб) на елементах, як то: якість законодавства; верховенство (ієрархічна вищість/підпорядкованість) приписів права; рівність перед приписами права; підлеглість

¹³ ECtHR, Case of *Stafford v. United Kingdom*, 28 May 2002, para. 63.

¹⁴ Що стосується формули “accordance with the law” («відповідність приписам права»), Суд загалом вимагає лише того, щоб владна дія держави спиралася на юридичну норму. Проте Суд почав наголошувати на тому, що між демократією та правовладдям існує зв'язок, який вимагає того, щоб певні дискреційні повноваження держави, що обмежують людські права, було визначено приписами статутного права. Стосовно нагляду в цьому аспекті див.: Case of *Iordachi and Others v. Moldova*, 10 February 2009.

¹⁵ Виклад чисельного переліку справ, у яких Суд застосовує поняття «правовладдя» (rule of law), див. у праці С. Головатого (зазначена вище виноска 9) на стор. 1169-1214. Див. також авторське резюме аналізу цих справ на стор. 1215-1220 цієї праці.

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

приписам права; юридична визначеність; прозорість процедур і законодавчого процесу; уникнення свавільності; поділ влади тощо¹⁶. Резолюція Комісії ООН з людських прав (2005) зосереджує увагу на таких елементах, як поділ влади, верховенство (ієрархічна вищість/підпорядкованість) приписів права та рівний захист за приписами права¹⁷.

25. Широкий зміст у правовладдя вклав колишній Генеральний Секретар ООН Кофі Аннан. У своїй доповіді (2004 р.) він зазначає: «Поняття “правовладдя” [...] має стосунок до принципу врядування, за якого всі особи, інституції та установи, публічні та приватні, включно із самою державою, є підлеглими відкрито промудльованим законам, які однаково до всіх застосовано й на основі яких провадиться незалежне судочинство та котрі відповідають міжнародним нормам і стандартам із людських прав. Це поняття також вимагає заходів на забезпечення дотримання принципів верховенства (ієрархічної вищості/підпорядкованості) приписів права; рівності перед приписами права; підлеглості приписам права; справедливого застосування приписів права; поділу влади; участі в ухваленні рішень; юридичної визначеності; уникнення свавільності та прозорості процедур і законодавчого процесу»¹⁸.

26. З-поміж регіональних організацій поза Радою Європи варто згадати, зокрема, ОБСЄ. Головні елементи доктрини, якої ця організація дотримується в ділянці правовладдя, підсумовано в документі «Зобов'язання ОБСЄ стосовно правовладдя»¹⁹. Відповідно до Копенгагенського документа (1990 р.), «правовладдя не зводиться лише до формальної законності, яка забезпечує правильність і узгодженість у творенні й упровадженні в життя демократичного ладу, а означає також справедливість, засновану на визнанні й повному сприйнятті людської особистості як найвищої цінності, та яку гарантовано інституціями, що є остовом для її якнайповнішого вираження» (2). «Демократія є невідокремним складником правовладдя» (3). Документ щодо зобов'язань ОБСЄ стосовно правовладдя наводить різноманітні види зобов'язань країн-членів у ділянках незалежності судівництва й адвокатської діяльності, безстороннього функціонування судів, а також у ділянці чинення правосуддя. Ухвалене в Гельсінкі Рішення Ради Міністрів № 7/08 про «Подальше зміцнення правовладдя на просторі ОБСЄ» заохочує країн-учасниць зміцнювати правовладдя, з-поміж іншого, в таких сферах: незалежність судів-

¹⁶ Wennerstrom, *Op.cit.*, pp. 23 ff; див. документи Секретаріату ООН: A/57/275 та S/2004/616.

¹⁷ HR Res. 2005/32 *Democracy and the rule of law*.

¹⁸ The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General, Doc. S/2004/616, 23 August 2004 (para.6).

¹⁹ http://www.osce.org/documents/odihr/2009/01/36062_en.pdf.

ництва; дієве чинення правосуддя; право на справедливий суд; доступ до суду; підзвітність державних органів та посадових осіб; додержання правовладдя в ділянці публічної адміністрації; право на правничу допомогу та додержання людських прав стосовно осіб, утримуваних під вартою; запобігання катуванню або іншому жорстокому, нелюдському або такому, що принижує людську гідність, поводженню або покаранню; підвищення обізнаности та освіта щодо правовладдя в середовищі правничої професії та для загалу; наявність дієвих засобів юридичного захисту та доступ до них; дотримання стандартів правовладдя й практики щодо них у системі кримінальної юстиції; боротьба з корупцією.

27. *ОЕСР (Організація економічної співпраці та розвитку)* також здійснила спробу тлумачення, зазначивши, що «правовладдя складається з таких окремих засадничих елементів, які мають розвиватися разом: [1] наявність найістотніших правил і цінностей, що їх люди поділяють як спільні та згідні за ними визнати зобов'язальний для себе характер (конституціоналізм). Це може застосовуватися рівною мірою як до неписаної, так і до писаної конституції. [2] Приписи права мають владарювати над владою. [3] Незалежне й безсторонне судівництво тлумачить приписи права. [4] Ті, хто застосовують приписи права, діють відповідно до них, не вдаючися до несправедливої дискримінації. [5] Приписи права мають бути прозорими й приступними для всіх, особливо для тих, хто як уразливий найбільше потребує захисту. [6] Застосування приписів права має бути дієвим і вчасним. [7] Приписи права захищають права, головню людські права. [8] Приписи права можна змінювати за встановленою процедурою, котра сама є прозорою, з'ясовною (поясненою) та демократичною»²⁰.

28. У *Європейському Союзі* поняття правовладдя закладено не лише в преамбулі Договору про Європейський Союз (TEU), а й у статті 2, відповідно до якої: «Союз засновано на цінностях додержання людської гідности, свободи, демократії, рівности, *правовладдя* та додержання людських прав, включно з правами осіб, що належать до меншин». *Правовладдя* також виступає підвалиною зовнішньої діяльності ЄС²¹; його так само включено до преамбули Хартії засадничих прав Європейського Союзу. У французькому тексті застосовано термін *Etat de droit* («*держава права/правна держава*»), тоді як у німецькому – термін *Rechtsstaatlichkeit* («*правнодержавність*»). Тут так само не міститься його визначення.

²⁰ Equal Access to Justice and the Rule of Law, OECD Development Assistance Committee (DAC). Mainstreaming Conflict Prevention (2005).

²¹ Стаття 21 про ЄС (TEU).

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

У Європейському Союзі поняття *правовладдя (rule of law)* застосовувалось, щоб охопити низку значень, включаючи таке формальне поняття, як «верховенство (ієрархічна вищість/підпорядкованість) приписів права», а також таке субстанційне поняття, як «дотримання засадничих прав», та поняття, властиві лише праву Європейського Союзу, як то: «справедливе застосування приписів нормативного акта», «дієве володіння (користування) правами в рамках права Союзу», «захист виправданих (легітимних) очікувань» та навіть те, що стосується протидії корупції (у зовнішніх зносинах)²².

29. Часто правовладдя схвалювали й інші міжнародні організації. Так, приміром, текст документа Співдружності Націй під назвою *Latimer House Principles* (2003 р.) містить таку вимогу: «Судові органи та парламенти мають виконувати свої відповідні (втім, визначальні) ролі в утвердженні правовладдя у спосіб, що є доповняльним та конструктивним». Міжнародна комісія юристів (ICJ) систематично досліджувала правовладдя роками й убачає в понятті правовладдя засадничий принцип, що захищає людину від свавілля держави та управнює особу на людську гідність. Подібно до цього Міжнародна асоціація юристів сприйняла правовладдя як стрижневе поняття для всіх, хто належить до правничої професії й практикує право²³.

b. Національне право

30. Якщо брати національне законодавство, термін *Rechtsstaat* можна знайти в багатьох приписах Зasadничого Закону Німеччини, зокрема стосовно конституційного ладу земель Німеччини та Європейського Союзу²⁴. Понад те, субстанційне тлумачення поняття *Rechtsstaat* укоренилося в Німеччині – як у доктрині конституційного права, так і в практиці Конституційного Суду²⁵.

31. У Сполученому Королівстві [Великої Британії та Північної Ірландії] поняття *the rule of law (правовладдя)* є важливим конституційним принципом, що його визнано за стримувача дій влади та здійснення нею повноважень. Його застосовують суди. До того ж, Акт парламенту щодо конституційної реформи (2005 р.) чітко вказує на поняття правовладдя, зазначаючи: «Цей Акт не завдає шкоди – ні (а) наявному

²² Wennerstrom, див., зокрема, табл. на стор. 160, 218-219, 289-290 і 302.

²³ F. Neate (ed.) *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*, IBA; LexisNexis (2009).

²⁴ Статті 28 і 23.

²⁵ Kaarlo Tuori, *The Rechtsstaat*, p. 12

конституційному принципів правовладдя, ні (б) наявній конституційній ролі лорда-канцлера стосовно цього принципу».

32. Поняття правовладдя (або *Rechtsstaat/Etat de droit*) виступає головною характеристикою держави в низці конституцій колишніх соціалістичних країн Центральної та Східної Європи (Албанії, Вірменії, Білорусі, Боснії та Герцеговини, Хорватії, Чехії, Естонії, Грузії, Угорщини, Молдови, Чорногорії, Румунії, Сербії, Словаччини, Словенії, колишньої Югославської Республіки Македонії, України*), але набагато рідше трапляється у конституціях старих демократій (Андорри, Фінляндії, Німеччини, Мальти, Норвегії, Португалії, Іспанії, Швеції, Швейцарії, Туреччини*). Найчастіше воно міститься в преамбулах або інших загальних приписах конституцій. Утім, у Конституції Іспанії є конкретніші приписи, згідно з якими: «суди здійснюють контроль за виконанням розпорядчих повноважень та забезпечують законність у сфері адміністративної діяльності»; суди, як і прокурори, є підвладними праву²⁶. У Конституції Швейцарії – «діяльність держави ґрунтовано на праві та обмежено ним»²⁷.

33. Однак поняття правовладдя зчаста важко знайти в колишніх соціалістичних країнах, які пережили практику застосування принципу *соціалістичної законності*. Класичний марксистський підхід засновано на ідеї відмирання держави, а отже, й закону, що походить від неї. Добре відомо, що практика радянської системи призвела, навпаки, до гіпертрофії держави. Конституція СРСР 1936 року (ст. 113), наприклад, визначала, що «вищий нагляд за точним виконанням законів усіма народними комісаріатами та підвідомчими їм установами, рівно як і окремими посадовими особами, а також громадянами СРСР, покладається на Прокурора СРСР». Окрім тієї особливої ролі, що її мав генеральний обвинувач («прокуратор»), також зберігався ще й контроль за «точним виконанням законів». Ішлося не про загальну ідею правовладдя, а про набагато вужче поняття точного виконання законів, засноване на дуже позитивістському підході. За таких умов не було можливості вийти за межі початкового розуміння сутності поняття *the rule of law*, сприймаючи його не інакше, як *rule by law* («здійснювання влади шляхом корисливого використання приписів права») або ж як *rule by the law* («здійснювання влади шляхом корисливого використання норм закону»²⁸. Таке розуміння все ще

²⁶ Статті 106, 117 та 124 Конституції.

²⁷ Стаття 5.1 Конституції ("Le droit est la base et la limite de l'autorité de l'Etat"/"Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht").

* Перелік країн подано за текстом оригіналу.

²⁸ Див. аналіз С. Головатого в праці, зазначеній вище (виноска 9), на стор. 1655-65.

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

може мати підтримку в практичній площині та стояти на заваді розвитку всебічнішого окреслення сутності правовладдя; за такого розуміння право сприймається набагато швидше, як інструмент влади, аніж як цінність, котру слід шанувати. Інакше кажучи, цінності правовладдя – особливо в нових демократіях – усе ще потребують «седиментації», тобто мають стати частиною щоденної практики²⁹ та, за висловом Валерія Зорькіна, «правосвідомості»³⁰.

IV. У пошуку чіткого розуміння

34. Розбіжності в значеннях, що їх надано поняттю правовладдя (так само, як і поняттю *Rechtsstaat*), можуть викликати сумніви в його корисності як засадничого поняття в публічному праві³¹. Однак є потреба в його осягненні, а отже – в його чіткому розумінні: як через те, що воно міститься в багатьох юридичних текстах, так і через те, що правовладдя визнано засадничим компонентом будь-якого демократичного суспільства.

35. Оглядаючи ці юридичні інструменти (міжнародні та національні), праці науковців, суддів та інших, можна сказати, що нині вже є консенсус стосовно самої сутності правовладдя та його складників.

36. Можливо, те розуміння, що його виклав Том Бінгем (*Tom Bingham*), якнайкраще охоплює неодмінні складники правовладдя:

«<...> всі особи та інституції в державі – чи публічні, чи приватні – повинні користися гласно створеним нормативним актам, що набувають чинності (як правило) в майбутньому й на основі яких прилюдно чинять правосуддя, та їм належить мати змогу користуватися благами цих актів»³².

37. Це стисле тлумачення, що є застосовним як до публічних органів, так і до приватних осіб, у розгорнутому вигляді постає як вісім «інгредієнтів» правовладдя. До них належать: (1) приступність приписів права (у тому значенні, що вони мають бути дохідливими, чіткими й пе-

²⁹ Щодо «седиментації» правовладдя див.: Kaarlo Tuori, The “*Rechtsstaat*” in the Conceptual Field – Adversaries, Allies and Neutrals, *Associations* Vol. 6(2002) Number 2, pp. 201-214, 212.

³⁰ VD Zorkin, “Rule of Law and Legal Awareness”, in F. Neate (ed.) *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe* (2009), pp. 43-54.

³¹ Такої точки зору дотримується, наприклад, Мартін Лафлін (*Martin Loughlin*), що її наведено в документі CDL-DEM(2009)006 (*The Rule of Law in European jurisprudence*), р. 3.

³² Tom Bingham, *The Rule of Law* (2010).

редбачними); (2) проблеми щодо юридичних прав необхідно розв'язувати на підставі приписів нормативних актів, а не дискреції; (3) рівність перед приписами права; (4) владу треба здійснювати правомірно, справедливо й розумно; (5) людські права має бути захищено; (6) належить забезпечити наявність засобів розв'язання спорів без надмірних витрат коштів або невиправданого зволікання; (7) судові процеси мають бути справедливими; (8) додержання державою її зобов'язань як за міжнародним правом, так і за національним.

38. Бінгемова доконечна умова, що нормативні акти має бути створено гласно та що вони мають набирати чинности в майбутньому, стосується характеру права й процесу ухвалення рішень; вона вимагає – власне, як про це й писав А. Дайсі, – щоби нормативні акти як такі були приступними й чіткими та зверненими в майбутнє. Проте, розгортаючи таке тлумачення, Т. Бінгем чітко вказує, що хоча – на відміну від А. Дайсі – він і не заперечує потреби дискреції, коли йдеться про діяльність посадовців публічної влади в сучасному складному суспільстві, проте дискреція не має бути необмеженою й не має допускати свавільних або необґрунтованих рішень (характер права, отже, набуває як процесового, так і субстанційного змісту).

39. Твердження Т. Бінгема про те, що всі особи та інституції, що їх наділено повноваженнями, мають користися приписам нормативного акта (бути «пов'язаними» ними), скеровано як до тих, що належать до публічних і приватних осіб (стосовно яких існує вимога додержувати приписів нормативного акта), так і до посадовців публічної влади (стосовно яких існує вимога додержувати приписів нормативного акта в тому значенні, що ці посадовці не повинні виходити за межі своїх повноважень, а також повинні застосовувати приписи нормативного акта однаково й безвідносно до статусу об'єкта, на який спрямовано їх застосування, та незалежно від будь-яких погроз на адресу того, хто виносить рішення, або вигод, що пропонуються йому).

40. Ідея Т. Бінгема, що кожен повинен мати змогу користуватися благами нормативних актів, передбачає доступ до правосуддя за двома значеннями: перше – доступ до судів, щоб заявити вимоги стосовно благ приписів нормативних актів; друге – процедури в цих судах мають бути справедливими, а їхні рішення – ухвалено незалежно й безсторонньо³³.

³³ Розгортаючи це тлумачення, Т. Бінгем також вважає, що правовладдя має забезпечити достатній рівень захисту людських прав (чимало з яких, приміром – право на справедливий судовий розгляд,

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

41. Виходячи саме з цього тлумачення, а також враховуючи інші, засновані на дуже відмінних системах права й держави³⁴, видається, що наразі можливий *консенсус* стосовно безумовних складників правовладдя, як і тих складників концепції *Rechtsstaat*, котрі є не лише формальними, а й матеріальними (*materieller Rechtsstaatbegriff*). Такими складниками є:

- (1) Законність, включаючи прозору, з'ясовну (поясненну) та демократичну процедуру надання юридичної сили актам права;
- (2) Юридична визначеність;
- (3) Заборона свавільности;
- (4) Доступ до правосуддя в особі незалежних і безсторонніх судів, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю;
- (5) Дотримання людських прав;
- (6) Недискримінація та рівність перед приписами права.

(1) Законність (ієрархічна вищість/підпорядкованість) приписів права (*supremacy of the law*)

42. На важливості принципу законности наголошував іще А. Дайсі. Цей принцип, по-перше, означає, що слід неухильно додержувати приписів права. Ця вимога поширюється не лише на фізичних осіб, а й на органи, що їх наділено повноваженнями, публічні й приватні. Позаяк доконечна умова законности висувається до діяльності посадовців публічної влади, то вона також вимагає, щоб вони мали дозвіл на свої дії та діяли в межах наданих їм повноважень³⁵. Законність також означає, що ніхто не може зазнати покарання, якщо не порушено припису нормативного акта, який уже набрав чинности та є конкретно застосовним, та що за порушення приписів права має наставати відповідальність. Виконання приписів права має бути, в межах можливого, забезпечене практично.

43. Термін «право» (*law*), як його застосовано в цьому розділі, стосується переважно національного законодавства та загального права (*common law*). Проте розвиток міжнародного права, як і важливість, що її надають міжнародні організації додержанню правовладдя, обумов-

уже охоплено рамками Бінгемового тлумачення) та що правовладдя вимагає від держави додержання нею ж її зобов'язань як за міжнародним правом, так і за національним.

³⁴ Прикладом такого є розуміння, що його виклав Зорькін у відповідному розділі своєї праці, на яку було покликання у виносці 30 вище.

³⁵ Jeffrey Jowell. The Rule of Law and its Underlying values, in: Jeffrey Jowell/Dawn Oliver (Eds.), The Changing Constitution (виноска 6 вище), p. 10.

люють порушення цього питання і на міжнародному рівні: принцип *pacta sunt servanda* – це той спосіб, у який міжнародне право виражає принцип законності³⁶.

(2) Юридична визначеність (*legal certainty*)

44. Принцип юридичної визначеності є істотно важливим для питання довіри до судової системи та правовладдя³⁷. Він так само є істотно важливим і для сфери продуктивної бізнесової діяльності, щоб генерувати розвиток та економічний поступ³⁸. Задля досягнення цієї довіри держава повинна робити текст нормативного акта легко *доступним*. Вона також зобов'язана додержувати приписів запроваджених нормативних актів та застосовувати їх *передбачно* й послідовно. Передбачність означає, що нормативний акт має бути, за можливості, доведено до загального відома ще до його застосування та він має бути передбачним стосовно своїх наслідків: його має бути сформульовано з достатньою мірою чіткості з тим, щоб особа мала змогу регулювати свою поведінку.

45. Потреба у визначеності не означає, що тому органіві або посадовцеві, який ухвалює рішення, не треба надавати дискреційних повноважень (коли без цього не можна обійтись), проте тоді мають бути наявними процедури, що унеможливають зловживання такими повноваженнями. У цьому контексті будь-який нормативний акт, що ним надаються дискреційні повноваження певному державному органіві, має вказати на обсяг такої дискреції. Не відповідатиме правовладдю, якщо надана виконавчій владі юридична дискреція матиме характер необмеженої влади. Отже, в нормативному акті має бути визначено обсяг будь-якої такої дискреції та спосіб її здійснення достатньо чітко, щоб особа мала адекватний захист від свавільності³⁹.

46. Юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були *зрозумілими й точними*, а також, щоб їхньою метою було забезпечення передбачності ситуацій та правовідносин. *Зворотна сила* також суперечить принципіві юридичної визначеності, принаймні у кримінальному праві (ст. 7 ЄКПЛ), позаяк суб'єктам права мають бути відомі наслідки їхньої поведінки; це також стосується цивільного та адміністративного права –

³⁶ Див. думку Т. Бінгема про те, що «правовладдя вимагає дотримання державою її зобов'язань як за міжнародним правом, так і за національним»: Bingham, *Op. cit.* (chap. 10).

³⁷ The Council of Europe and the Rule of Law – An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, див. para. 51.

³⁸ Див.: R. McCorquodale, in *The Rule of Law in International and Comparative Context* (виноска 10 вище), chap. 3.

³⁹ The Council of Europe and the Rule of Law – An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, див. para. 46.

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

тією мірою, якою це негативно позначається на правах і законних інтересах. До того ж юридична визначеність вимагає додержання принципу *res judicata*. Остаточні рішення національних судів не повинні оспорюватися⁴⁰. Цей принцип також вимагає виконання остаточних рішень судів. У приватних спорах виконання остаточних судових рішень може потребувати допомоги з боку державних органів на уникнення будь-якого ризику настання «приватного правосуддя», несумісного з правовладдям⁴¹. Системи, що допускають скасування остаточних рішень без переконливих підстав з публічного інтересу та дозволяють невизначеність у часі, є несумісними з принципом юридичної визначеності⁴².

47. На додачу, парламентові не дозволено попірати засадничі права шляхом ухвалення незрозуміло виписаних нормативних актів. Цим досягається істотно важливе юридичне захищення особи *vis-à-vis* держави та її органів і представників⁴³.

48. Юридична визначеність також означає, що держава загалом повинна додержувати взятих на себе зобов'язань щодо людей або виконувати їм обіцяне [поняття «виправданого (легітимного) очікування»].

49. Утім, потреба у визначеності не означає, що норми права слід застосовувати без такої гнучкості, за якої неможливо врахувати імперативи гуманності (людинолюбства) й справедливості.

50. Наявність суперечливих рішень, ухвалених верховним або конституційним судом, може бути несумісною з принципом юридичної визначеності. Тому вимагається, щоб суди, особливо найвищі, запроваджували механізми на уникнення неузгодженості й забезпечення послідовності своєї практики.

51. Юридична визначеність (*legal certainty*) та ієрархічна вищість/підпорядкованість приписів права (*supremacy of the law*) передбачають, що припис права застосовано на практиці. Це також означає, що він є здійсненим. Тому надзвичайно важливо ще до його ухвалення оцінити, чи є він здійсненим на практиці, а також перевірити *a posteriori* на те, чи буде його застосування дієвим. Це означає, що в разі звер-

⁴⁰ Це, звісно, не виключає права звертатися до міжнародного суду зі скаргою на те, що остаточне рішення національного суду є порушенням зобов'язання за міжнародним правом.

⁴¹ The Council of Europe and the Rule of Law – An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, див. para. 49.

⁴² The Council of Europe and the Rule of Law – An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, див. para. 48.

⁴³ The Council of Europe and the Rule of Law – An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, див. para. 43.

нення до питання правовладдя слід враховувати оцінювання законодавства *ex ante* та *ex post*.

(3) Заборона свавільності (*prohibition of arbitrariness*)

52. Хоча дискреційні повноваження потрібні для виконання владою певних завдань у сучасних складних суспільствах, вони не мають здійснюватись у свавільний спосіб. Здійснення повноважень у цей спосіб уможливорює ухвалення істотно несправедливих, необґрунтованих, таких, що суперечать здоровому глуздові, або деспотичних рішень, що є несумісним із принципом правовладдя.

(4) Доступ до правосуддя в незалежних і безсторонніх судах (*access to Justice before independent and impartial courts*)

53. Кожному має бути надано можливість оспорити дії та рішення влади, що не відповідають правам або інтересам особи. Заборона такого оспорювання є порушенням правовладдя. Зазвичай такі оспорювання подаються до суду, однак у деяких країнах дозволено альтернативне оспорювання у менш формальних інстанціях, що залагоджують спори, після чого апеляцію може бути подано до суду.

54. Роль судівництва є істотно важливою в державі, заснованій на правовладді. Судівництво є гарантом справедливості – засадничої цінності в державі, керованій правом⁴⁴. Украй важливо, щоб судівництво мало повноваження визначати, які з нормативних актів є застосовними та дійсними (юридично значущими) в конкретній справі, розв'язувати питання факту та застосовувати приписи права до фактичних обставин за належною, себто достатньо прозорою й передбачною методологією тлумачення⁴⁵.

55. Судівництво має бути незалежним і безстороннім. Незалежність означає, що судівництво є вільним від зовнішнього тиску та що його не контролюють інші гілки влади, особливо виконавча. Ця вимога є невіддільною частиною засадничого демократичного принципу поділу влади. Судді не мають зазнавати політичного впливу або маніпуляції⁴⁶. Безсторонність означає, що судівництво – навіть за зовнішніми ознака-

⁴⁴ The Council of Europe and the Rule of Law – An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, див. para. 39.

⁴⁵ Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, p. 16.

⁴⁶ Thomas Carothers, The Rule of Law Revival, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95(96).

ми – не справляє враження, що воно є упередженим стосовно результату конкретної справи.

56. Мають бути справедливе й прилюдне (відкрите) слухання справи та розумний строк, упродовж якого справу розглянуто й вирішено. Крім цього, має функціонувати офіційно визнана, налагоджена й незалежна правнича професія, що її на підставі закону уповноважено надавати правничі послуги, та яка сама охоча й *de facto* спроможна це робити. Позаяк правосуддя має бути доступним, то в потрібних випадках має бути забезпечено безоплатну правничу допомогу.

57. Окрім цього, має функціонувати установа або організація, що діє, як обвинувач (прокурор), котра також до певної міри є незалежною від виконавчої влади й гарантує, що за правопорушення – навіть за браком заяви потерпілих – доведеться постати перед судом⁴⁷.

58. Зрештою, судові рішення має бути виконано ефективно й не повинно бути можливості (окрім надзвичайно виняткових випадків) переглянути остаточне судові рішення (додержання принципу *res judicata*).

(5) Додержання людських прав (*respect for human rights*)

59. Додержання правовладдя й додержання людських прав не є очевидно синонімічними. Проте між цими двома принципами є велика частка спільного й багато прав, що їх укладено в документах на кшталт ЄКПЛ, також безумовно або обумовлено мають стосунок до правовладдя.

60. Правами, що найочевидніше поєднані з правовладдям, є такі: (1) право на доступ до правосуддя; (2) право на компетентного суддю, призначеного на підставі закону; (3) право викласти свою позицію (*the right to be heard*); (4) недопустимість загрози подвійного покарання за одне й те саме діяння (*ne bis in idem*) (ст. 4 Протоколу 7 до ЄКПЛ); (5) юридичний принцип, згідно з яким заходи, що накладають обтяження, не можуть мати зворотної сили; (6) право на дієві засоби юридичного захисту будь-якого оспорюваного права (ст. 13 ЄКПЛ); (7) будь-хто вважається невинуватим у скоєнні злочину, доки винуватість не доведено⁴⁸; та (8) право на справедливий судовий розгляд чи ж – в англо-американській традиції – принцип природної справедливості або принцип спра-

⁴⁷ Див.: Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, p. 16.

⁴⁸ Thomas Carothers, The Rule of Law Revival, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95(96).

ведливої юридичної процедури (*due process*); мають бути: справедливе й прилюдне (відкрите) слухання справи, неупередженість, а також розумний строк, упродовж якого справу розглянуто й вирішено. Крім того, має існувати офіційно визнана, налагоджена й незалежна правнича професія, що її на підставі закону уповноважено надавати правничі послуги, яка сама охоча й *de facto* спроможна це робити та правничі послуги якої надаються в розумні строки⁴⁹.

61. Більшість із цих прав (як і принцип незалежності й безсторонності судівництва) матеріалізовано в статтю 6 ЄКПЛ. Проте інші права також можуть за конотаціями нести зміст правовладдя – наприклад, право на свободу вираження поглядів, котре допускає критику чинної влади (ст. 10 ЄКПЛ), і навіть такі права, що впливають із заборони катування або нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження або покарання (ст. 3), котрі можуть мати пов'язаність із поняттям справедливо-го судового розгляду.

(6) Недискримінація та рівність перед приписами права (*non-discrimination and equality before the law*)

62. А. Дайсі утверджує поняття рівності завдяки висунутій ним же неодмінній умові, що за правовладдя має місце «загальне підкорення» всіх без винятку приписам права. Так він формулював ідею формальної рівності – в тому розумінні, що юридичні приписи, будь вони насправді несправедливими, все одно мають однаково до всіх застосовуватись і послідовно виконуватись.

63. Формальна рівність є все-таки важливим аспектом правовладдя – за умови, що вона допускає нерівне ставлення лише тією мірою, яка потрібна для досягнення сутнісної рівності. Формальну рівність може бути широко витлумачено без шкоди для принципу, що лежить в основі ідеї недискримінації, котрий разом із рівністю перед приписами права становить чільний і загальний принцип стосовно захисту людських прав. Як наголошено в документі Ради Європи (2008 р.) з цього питання⁵⁰, ці два принципи є принципами людських прав настільки, наскільки вони є принципами правовладдя; а практика [Європейського] Суду [з прав людини] схиляється до застосування заборони дискримінації, якщо немає особливої потреби посилатися на неї як на принцип правов-

⁴⁹ Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, p. 16.

⁵⁰ The Council of Europe and the Rule of Law – An Overview, CM(2008)170, 21 November 2008, див. para. 53.

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

ладдя, хоча до певної міри визнано, що рівність у правах і обов'язках усіх людей перед приписами права є одним із аспектів правовладдя.

64. Недискримінація означає, що нормативні акти стримують дискримінацію окремих фізичних осіб або груп. Будь-яке невиправдане неоднакове ставлення за приписами права заборонено, і всі особи мають гарантований однаковий і дієвий захист від дискримінації за будь-якою ознакою – на ґрунті раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших поглядів, національного або соціального походження, власності, за становим походженням або за іншим статусом.

65. Рівність перед приписами права означає, що кожна людина підпорядковується тим самим нормативним актам і одна особа або група осіб не можуть мати особливих юридичних привілеїв.

V. Нові виклики

66. У плані майбутнього постає питання: як може бути збережено та в подальшому розвинуто досягнення правовладдя в умовах, коли люди все більше потрапляють під вплив нових способів здійснення влади та стають усе більше пов'язаними з ними. Ця тема стосується не лише міжнародних організацій, а також є важливою для сфери публічно-приватного партнерства й для усіх ділянок, що раніше були суто національними, але потім стали транснаціональними. Правовладдя має бути приведено до такого стану, коли свободу для всіх буде гарантовано навіть у тих ділянках, де гібридні (державно-приватні) суб'єкти або приватні структури є відповідальними за виконання завдань, що раніше належали до сфери компетенції державних органів. Сутність правовладдя як керівного принципу в плані майбутнього має бути поширено не лише на ділянку співпраці між державою й приватними суб'єктами, а й на діяльність приватних суб'єктів, можливість яких не додержувати особистих прав є рівносильною можливістю державної влади. Усі суб'єкти влади, що діють на національному, транснаціональному й міжнародному рівнях, мають діяти як гаранті засадничих принципів і складників традиційного правовладдя в цих ділянках.

VI. Висновок

67. Поняття правовладдя не набуло свого опрацювання в юридичних текстах і в практиці такою самою мірою, як інші підпори Ради Європи –

людські права та демократія. Людські права лежать в основі величезної добірки конституційних і законодавчих приписів та судової практики – як на національному, так і на міжнародному рівнях. Демократію впроваджено завдяки докладним приписам стосовно виборів і функціонування інституцій, навіть якщо вони зчаста не стосуються цього поняття.

68. Законодавчі приписи стосовно правовладдя – як на національному, так і на міжнародному рівнях – мають дуже загальний характер та не визначають цього поняття докладно.

69. Це призвело до виникнення сумнівів щодо самої корисності звертання до правовладдя як юридичного поняття, що має практичний характер. Утім, це поняття значною мірою увійшло до текстів національного й міжнародного права й судової практики, передусім практики Європейського Суду з людських прав. Утім, ми вважаємо, що правовладдя являє собою засадничий і спільний європейський стандарт щодо того, як скеровувати й стримувати здійснення демократичної влади.

70. Задум цієї доповіді полягав у тім, щоб дійти консенсуального тлумачення правовладдя (що викладено вище) разом із визначенням його стрижневих складників. Метою доповіді є те, щоб Рада Європи – міжнародна організація, що витлумачила правовладдя як одну зі своїх трьох підпор, – змогла зробити свій внесок, з-посеред інших організацій та інституцій, у практичне впровадження цього важливого принципу шляхом його тлумачення й застосування як у відносинах із її державами-членами, так і в самих її державах-членах⁵¹.

⁵¹ Див.: Review of the rule of law situation: feasibility and methodology, DG-HL (2010) 21.

Додаток: Мірило оцінювання стану правовладдя в окремішній державі

(1) Законність (ієрархічна вищість/підпорядкованість) приписів права (*supremacy of the law*)

- (a) Чи діє держава на підставі приписів права та згідно з ними?
- (b) Чи є процедура ухвалення актів права й набрання ними чинности прозорою, демократичною й з'ясовною (поясненою) щодо підстав (обґрунтованості) її здійснення?
- (c) Чи є дозвіл актів права на здійснення владою повноважень?
- (d) У яких межах здійснюється застосування й виконання приписів права?
- (e) До якої межі уряд може діяти без застосування права?
- (f) До якої міри уряд застосовує побічні заходи замість загальних норм?
- (g) Чи є в нормативних актах держави окремі приписи, що у виняткових випадках дають можливість застосовувати особливі заходи?
- (h) Чи наявні норми національного права, що забезпечують зобов'язаність держави за міжнародним правом?
- (i) Чи застосовується такий метод, як *nulla poena sine lege*?

(2) Юридична визначеність

- (a) Чи здійснюється опублікування всіх нормативних актів?
- (b) Чи наявне будь-яке неписане право, чи доступне воно?
- (c) Чи встановлено межі для юридичної дискреції, що її надано виконавчій владі?
- (d) Чи багато в нормативних актах окремих приписів стосовно виняткових випадків?
- (e) Чи виписано нормативні акти зрозумілою мовою?
- (f) Чи встановлено заборону на зворотню дію актів права?
- (g) Чи встановлено обов'язок додержувати актів права?
- (h) Чи може бути оскаржено остаточні рішення національних судів?
- (i) Чи властива судовій практиці узгодженість (логічна послідовність)?
- (j) Чи є законодавство загалом здійсненим і чи забезпечено його виконання?
- (k) Чи є акти права передбачними щодо своїх наслідків?
- (l) Чи здійснюється оцінювання законодавства на регулярній основі?

(3) Заборона свавільності

- (a) Чи наявні конкретні й точні норми, що забороняють свавільність?
- (b) Чи встановлено межі для дискреційних повноважень?
- (c) Чи наявна система повної прилюдності інформації про здійснення державної влади?
- (d) Чи наявна вимога обґрунтованості рішень?

(4) Доступ до правосуддя в незалежних і безсторонніх судах

- (a) Чи є судівництво незалежним?
- (b) Чи є служба публічного винувачення до певної міри незалежною від державного апарату? Чи діє вона на підставі приписів права, а не політичної доцільності?
- (c) Чи зазнають поодинокі судді політичного впливу або маніпулювання?
- (d) Чи є судівництво безстороннім? Які приписи забезпечують його безсторонність у кожній конкретній справі?
- (e) Чи мають громадяни дієвий доступ до правосуддя, до того ж у питанні судового контролю за дією влади?
- (f) Чи володіють суди такими повноваженнями, які є достатнім засобом юридичного захисту?
- (g) Чи наявна офіційно визнана, налагоджена й незалежна правнича професія?
- (h) Чи забезпечено виконання судових рішень?
- (i) Чи забезпечено додержання принципу *res judicata*?

(5) Додержання людських прав

Чи гарантовано (фактично) такі права:

- (a) право доступу до правосуддя: чи мають громадяни дієвий доступ до суду?
- (b) право на компетентного суддю, призначеного на підставі закону
- (c) право викласти свою позицію (*the right to be heard*)
- (d) *ne bis in idem* (право на те, щоб не було загрози подвійного покарання за одне й те саме діяння)
- (e) право на те, щоб заходи, які накладають обтяження, не мали зворотної сили
- (f) право на дієві засоби юридичного захисту

ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ

- (g) право на презумпцію безвинности
- (h) право на справедливий судовий розгляд

(б) Недискримінація та рівність перед приписами права

- (a) Чи застосовуються нормативні акти загалом і без дискримінації?
- (b) Чи наявні нормативні акти, що дискримінують певних осіб або групи?
- (c) Чи тлумачать нормативні акти у дискримінаційний спосіб?
- (d) Чи є особи або групи, що мають особливі юридично надані привілеї?



Сергій Головатий

доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
заступник Голови Конституційного Суду України
(Київ, Україна)
holovaty_serhiy@hotmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-1-039

«ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА» НЕ ПРАЦЮЄ*

Коментар до тексту документа Венеційської Комісії
«ДОПОВІДЬ ПРО ПРАВОВЛАДДЯ»
("Report on the Rule of Law"),
що її ухвалено на 86-му пленарному засіданні
25–26 березня 2011 року
(CDL-AD (2011)003re)

* Текст коментаря подається в авторській редакції та зі збереженням форматування.

© Сергій Головатий, 2019

ЗМІСТ

- I. Вступ
- II. Поточне українське законодавство
- III. Сучасна українська офіційна доктрина
- IV. Якість «закону» та якість українського перекладу рішень ЄСПЛ
- V. Сьогочасна українська наукова правнича доктрина
 - A. Тлумачення поняття «верховенство права» в коментарях до актів законодавства (2005–2018 рр.)
 - B. Зміст поняття «верховенство права» в інших наукових публікаціях (2016–2019 рр.)
- VI. Висновок

I. Вступ

1. Із низки вагомих причин доводиться вертатися до питання, яке ще не так давно було предметом окремого дослідження та практичного опрацювання. Йдеться про одне з напрацювань Венеційської Комісії, до якого останніми роками увага правничої спільноти дедалі зростає.

2. Відтоді, як на своєму 86-му пленарному засіданні (березень 2011 р.) Венеційська Комісія ухвалила один зі своїх видатних документів під назвою “*Report on the Rule of Law*”¹, минуло понад вісім років. Аби дослідження стало доступним для того українського користувача, котрий не володіє англійською на професійному рівні, за дуже короткий строк у перекладі українською його текст опублікував часопис «Право України» (2011 р., № 10) під назвою «Верховенство права»². Цій публікації передував мій авторський коментар, у якому стисло викладено історію напрацювання документа та виокремлено його особливо значущі елементи³.

3. Мету, яку у своїй майже чотирирічній праці над цим дослідженням мала Венеційська Комісія⁴, становив пошук чіткого розуміння юридичного поняття, позначеного англійською мовою як *the rule of law*, тоді як його відповідниками в країнах континентальної Європи здебільшого виступали німецьке *Rechtsstaat*, французьке *Etat de Droit* або споріднені з ними інші національні терміни.

4. Рівночасно з ухваленням Конституції України 1996 року в український юридичний простір та українську правничу мову було запроваджено ще не знану доти двослівну конструкцію «верховенство права» як відповідник англійського *the rule of law*. Ця конструкція міститься у рамках юридичної формули, зафіксованої в частині першій статті 8 Конституції. До тієї пори в офіційних перекладах текстів європейських документів (зокрема Статуту Ради Європи 1949 р. та Європейської конвенції з людських прав 1950 р.) українськими відповідниками англійського *the rule*

¹ Report on the Rule of Law: Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011). Study No. 512/2009. CDL-AD(2011)003rev.

² Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська Комісія). Верховенство права: Доповідь, схвалена Венеційською Комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року). CDL-AD (2011)003rev // Право України. – 2011. – № 10. – С. 168–184.

³ С. Головатий. Верховенство права (правовладдя): як його тлумачить Венеційська Комісія // Право України. – 2011. – № 10. – С. 154–167.

⁴ Доповідь підготовлено в рамках співпраці між двома провідним інституціями Ради Європи – Венеційською Комісією та Парламентською Асамблеєю Ради Європи – на підставі Резолюції ПАРЕ 1594 (2007), ухваленої 23 листопада 2007 р.

of law фігурували: «сила закону»⁵, «влада закону»⁶, «верховенство закону»⁷ (котрі, поза всяким сумнівом, зайшли в українську мову з офіційних перекладів цих документів російською ще в сталінські часи з відповідним ідеологічним навантаженням, що наразі представлено поняттями на кшталт «*власть закона*»⁸ або «*верховенство закона*»⁹).

5. Істотним успіхом на шляху до досягнення мети, визначеної Венеційською Комісією, можна вважати констатацію в параграфі 41 Доповіді CDL-AD (2011)003rev того факту, що на час укладання цього документа вже можливим став **консенсус** стосовно шести «**безумовних складників**» поняття *the rule of law*. Вони одночасно виступали й складниками німецької концепції *Rechtsstaat*, але конкретно тієї, що є субстанційною (а не формальною) – *materieller Rechtsstaatsbegriff*. Тому логічним у цьому базовому документі постав виклад змісту (хоча й у доволі стислій формі) кожного зі складників, а в додатку – перелік запитань, відповіді на які давали можливість здійснювати перевірку кожного складника на дієвість.

6. Потому консеквентним наслідком діяльності Венеційської Комісії за цим напрямом стало ще одне її напрацювання. Воно принесло навіть ще більший успіх. Ідеться про здійснене на основі та в розвиток Доповіді 2011 р. спеціальне дослідження, що його Комісія ухвалила на своєму 106-му пленарному засіданні (березень 2016 р.) як документ *Rule of*

⁵ Наразі українською «*сила закону*» як відповідник англійського *the rule of law* міститься в тексті Всесвітньої декларації людських прав (ООН), ухваленої 10 грудня 1948 р., поміщеному на офіційній сторінці Верховної Ради України. Див.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015/print (дата звернення: 01.08.2019).

⁶ Уже в наші часи українською «*влада закону*» як відповідник англійського *the rule of law* застосовано в рекомендованому Міністерством освіти й науки навчальному посібнику для студентів вищих навчальних закладів, що вивчають спеціальність «переклад». Див.: О. В. Ребрій. Переклад англійської мови: спеціальна література (Європейський Союз та інші міжнародні політичні, економічні, фінансові та військові організації). Книга для викладача / За ред. Л. М. Черноватого та В. І. Карабана. – Вінниця: Нова Книга, 2010. – 100 с.

⁷ Попри те, що поняття «верховенство закону» є вислідом теоретичної думки радянської доби і придумане на вимогу практики тогочасного тоталітарного режиму, сучасному українському академічному корпусові ніяк не таланить позбутися цього спадку: запропоновано варіант його осягнення вже «повному», водночас не відступаючи від догмату вульгарного юридичного позитивізму радянського взірця. Див.: П. М. Рабінович. Верховенство закону // Юридична енциклопедія: в 6 т. – Т. 1: А–Г / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) та ін. – К.: Вид-во «Наукова думка», 2011. – С. 339–340.

⁸ Вираз «*власть закона*» як відповідник англійського *the rule of law* досі міститься в російському офіційному тексті Всесвітньої декларації людських прав (ООН), ухваленої 10 грудня 1948 р. Див.: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declhr.shtml (дата звернення: 01.08.2019).

⁹ Вираз «*верховенство закона*» як відповідник англійського *the rule of law* досі застосовується в перекладах російською міжнародних документів, що їх укладено англійською як мовою оригіналу. Див., напр.: Индекс верховенства закона в странах мира / The Rule of Law Index. Це дослідження російською представлено так: «Индекс верховенства закона (The Rule of Law Index) – глобальное исследование и сопровождающий его рейтинг стран мира по показателю ими правовой среды, которая базируется на универсальных принципах верховенства закона». Джерело: <https://gtmarket.ru/research/rule-of-law-index/info> (дата звернення: 01.08.2019).

*Law Checklist (CDL-AD(2016)007)*¹⁰ – у перекладі українською відомий як «*Мірило правовладдя*» (вийшов друком¹¹ та є доступним у електронному варіанті на офіційній вебсторінці Венеційської Комісії¹²). Його, зі свого боку, офіційно схвалили інші провідні інституції Ради Європи (зокрема: Комітет міністрів, Парламентська асамблея та Конгрес місцевих і регіональних влад), визнавши за цим дослідженням характер загальноєвропейського стандарту.

7. Обидві доповіді Венеційської Комісії – *Report on the Rule of Law (CDL-AD (2011)003rev)* та *Rule of Law Checklist (CDL-AD(2016)007)* – належать до тих джерел, що в системі спільного європейського правопорядку визнають за «м'яке право».

8. До обох цих документів саме як до джерел «м'якого права» останнім часом дедалі частіше звертаються у своїй практиці українські судді – як конституційної¹³, так і звичайної (чи то загальної, чи спеціалізованої)¹⁴ юрисдикцій. Утім, як можна спостерігати за текстами судових рішень останніх років (у разі якщо в них містяться посилання на ці документи шляхом їх цитування), не завжди наведений у судовому рішенні зміст цитованого матеріалу збігається зі змістом, що його закладено в документах Венеційської Комісії мовою оригіналу (англійською). У цьому аспекті можна вести мову про різноманітні вияви неузгодженості в українській судовій практиці.

9. Очевидними виявами неузгодженості є такі: 1) коли цитований матеріал із документа Венеційської Комісії в перекладі українською мовою не збігається зі змістом документа, що його укладено мовою оригіналу (англійською); 2) щось конкретне, процитоване з обох документів, у перекладі українською мовою не збігається поміж собою, а тим самим – не відповідає текстам, що їх укладено мовою оригіналу (англійською); 3) коли тлумачення українським судом якогось конкретного юридичного поняття (або явища) не відповідає тому, як його тлумачить Венеційсь-

¹⁰ Rule of Law Checklist: Adopted by the Venice Commission at its 106th plenary session (Venice, 11–12 March 2016). Study No. 711/2013. CDL-AD(2016)007.

¹¹ Європейська Комісія «За демократію через право». Мірило правовладдя: Коментар. Глосарій. – К.: USAID, 2017. – 163 с.

¹² [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-ukr)

¹³ Так, починаючи від грудня 2017 року, посилання на документ Венеційської Комісії «Доповідь щодо верховенства права» (CDL-AD(2011)003rev) виявлено в десяти рішеннях Конституційного Суду України: № 2-р від 20 грудня 2017 р.; № 3-р від 21 грудня 2017 р.; № 1-р від 27 лютого 2018 р.; № 5-р від 22 травня 2018 р.; № 7-р від 11 жовтня 2018 р.; № 1-р від 26 лютого 2019 р.; № 3-р (I)2019 від 5 червня 2019 р.; № 3-р від 6 червня 2019 р.; № 5-р (I)2019 від 12 липня 2019 р.; № 6-р від 20 червня 2019 р.

¹⁴ Посилання на документ Венеційської Комісії «Мірило правовладдя» (CDL-AD(2016)007) міститься, приміром, у Постанові Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 13 березня 2018 року (справа № Б8/180-10), параграф 43.

Сергій Головатий

ка Комісія саме в цих документах. Наведений різнобій не є вичерпним. Є й інші приклади того, як пояснення українською судовою практикою суті поняття (явища), що було предметом дослідження в обох документах Венеційської Комісії, розходиться з його тлумаченням саме цією європейською інституцією.

10. Істотним (утім, не єдиним) чинником, що спричиняє такий різнобій, як не прикро, є властивий текстам цих обох документів у перекладі українською брак узгодженості. Автор цих рядків, котрий, власне, і здійснив переклад їх обох, жодним чином не знімає із себе відповідальності за такий огріх. На те є вагома причина.

11. Каменем спотикання для будь-кого, хто має справу з перекладом англійських правничих текстів (навіть за умови, що це професійний перекладач), завжди є (і, напевне, завжди буде) кожний випадок, коли на шляху такої трудної справи постає англійське слово *law*. Якщо в багатьох мовах народів світу два відмінні одне від одного поняття, що відомі як *jus* та *lex* латиною, мають рівнозначні відповідники (приміром: французькою – *droit* та *loi*, німецькою – *Recht* та *Gesetz*, українською – *право* та *закон*), то англійське *law* такого розрізнення не має, ба навіть більше – воно одночасно має багато значень, зокрема як іменник: і *закон*, і *право*, і *правнича професія*, і *суд (судовий процес)* та ще інше. Як дієслово *law* має два значення: 1) *звертатися до суду*; 2) *нав'язувати свою волю*. Проте цим усі значення англійського слова *law* не вичерпуються¹⁵. До того ж спостерігаємо, що перекладні словники (як англо-українські, так і англо-російські) стосовно англійського *law* на перше місце завжди ставлять саме слово «закон».

12. Отже, виникла ситуація, коли текст першого документа Венеційської Комісії – *Report on the Rule of Law (CDL-AD (2011)003rev)* – у перекладі українською від 2011 року (яким дедалі частіше стали послуговуватися українські правники) потребував критичного перегляду. Чи не головною причиною такої потреби стала та обставина, що Венеційська Комісія в своєму другому документі від 2016 року – «*Мірило правовладдя*» (*CDL-AD(2016)007*), що є органічним продовженням першого, – чітко вказала, що застосоване у рамках досліджуваного предмета **англійське “law” охоплює не лише конституції, міжнародне право, статутне право та підзаконні акти, а й також – де доречно – суддєтворене право (judge-**

www.pravolia.com.ua

¹⁵ Див.: Англо-український словник: У 2 т. – Близько 120 000 слів / Склав М. І. Балла. – К.: Освіта, 1996. – Т. 1. – С. 656–657.

made law), як-от норми загального права, всі з яких мають зобов'язальну природу¹⁶.

13. Така заувага пролила світло на вади українського перекладу першого документа, бо з появою другого очевидною стала потреба в уточненні змісту всіх тих понять, що англійською включають слово *law*. Відтак належало повторно з'ясувати весь масив уживання в англійському тексті слова *law*: коли його застосовано як узятє окремо (в однині та множині – *law/laws*; з неозначеним артиклем і з означеним – *a law/the law/the laws*), і коли воно входить до складу певних словосполучень – юридичних понять (як-от: *equality before the law; in accordance with the law; under the law; supremacy of the law; accountability to the law; application of the law; benefit of laws etc.*), а з'ясувавши – віднайти найпридатніший варіант його відтворення українською в рамках відповідного юридичного контексту. Дуже важливо було при новому погляді на український переклад розмежувати застосування слова *law* (у всіх варіантах, що трапляються за текстом оригіналу документа) за значенням залежно від того, про який історичний період ідеться (пор.: застосування поняття *the law* у працях Платона античного періоду та у праці Альберта Венн Дайсі про англійське конституційне право кінця XIX ст.), або від такого: стосується це системи загального права (включно з тим, котре суддетворені/*judge-made law*), чи континентальної (зосібна й української), чи тієї, що становить спільний європейський правопорядок, який ґрунтовано на міжнародному праві, що його творить зокрема Рада Європи. Приміром, очевидним є те, що *the law* або навіть і *laws* у контексті праці Тома Бінгема *The Rule of Law* (2010) не можна сприймати як *закон* або *закони* (що насправду є в тексті українського перекладу від 2011 р.), бо в ній ідеться суто про англосаксонську систему права.

14. Тому з метою приведення до стану узгодженості перекладів українською обох документів Венеційської Комісії, що є органічно поєднаними – *Report on the Rule of Law (CDL-AD (2011)003rev)* та *Rule of Law Checklist (CDL-AD(2016)007)*, – оновлено текст першого документа з відповідним урахуванням тексту другого. Окрім тих змін, потребу в яких передусім обумовлював перегляд застосування слова *law*, принагідно уточнено текст і в низці інших випадків. У підсумку **брак узгодженості в перекладі двох документів віднині можна вважати головно подоланим.**

¹⁶ Див.: Європейська Комісія «За демократію через право». Мірило правовладдя: Коментар. Глосарій. – С. 17 (параграф 46).

Сергій Головатий

15. Утім, на шляху до набуття справжньої дієвості тією засадою українського конституційного ладу, що її окреслено в приписі частини першої статті 8 Конституції («В Україні діє принцип верховенства права»), ще досить міцно стоять такі перешкоди, які долати набагато тяжче. Однак про них слід знати. Ними не варто нехтувати. На них слід зважати. Їх доконче необхідно брати до уваги в практичній діяльності, а особливо – судовій, якщо воліти, щоб записана в Конституції засада «верховенство права» насправду стала дієвою, а не лишалась ідеологічним (а що гірше – пропагандистським) гаслом. Саме вони стоять на заваді досягненню своїм розумом і практичному застосуванню згаданої конституційної засади відповідно до того, як це радить чинити Венеційська Комісія в обох своїх документах.

16. Такими перешкодами наразі окреслюються: (а) поточне українське законодавство; (б) сучасна українська офіційна юридична доктрина; (в) якість українського перекладу рішень Європейського Суду з людських прав; (г) сьогочасна українська наукова правнича доктрина. Аналіз кожного зазначеного чинника теперішнього українського правничого життя проливає світло на те, чи відповідає їхній сьогоденний стан змістові обох доповідей Венеційської Комісії.

II. Поточне українське законодавство

17. Навряд чи буде помилкою стверджувати: наше законодавство все-таки є унікальним – жодне національне законодавство в світі, крім українського, не містить формального визначення поняття, що його позначено англійською як *the rule of law*.

18. Принагідно доводиться вкотре наголошувати: у світі – ще з часів перших спроб Міжнародної комісії юристів винайти типову формулу посутнього змісту цього поняття у зв'язку із занесенням його до офіційних міжнародних документів (зокрема вже згадуваної Всесвітньої декларації людських прав 1948 р.¹⁷) – на рівні ООН відмовились від цієї справи¹⁸, дійшовши висновку, що термін *the rule of law* слід сприймати як такий, що є «придатним для передавання в узагальненому вигляді поєднання ідеалів і практичного юридичного досвіду» стосовно «принципів, інститутів і процедур», котрі є «істотно важливими для захисту особи від свавільної влади держави» та які «надають особі можливість володіти

www.pravolia.com.ua

¹⁷ Див. посилання 5 вище.

¹⁸ Див.: С. Головатий. Верховенство права: Монографія: У 3-х кн. – К.: Видавництво «Фенікс», 2006. – Книга друга. Верховенство права: від доктрини до принципу. – С. 907–908.

людською гідністю». Рівно 60 років тому Міжнародна комісія юристів завела мову про вже можливий на той час у правничому середовищі великої частини світу **консенсус** із цього питання, зауваживши водночас, що такий консенсус окреслився лише «у зародковій та до певної міри малозрозумілій формі»¹⁹. А через півстоліття з лишком по тому, 2011 року, Венеційська Комісія вже в рамках свого дослідження так само не пішла шляхом конструювання типової формули, котра виконувала б роль формального визначення поняття *the rule of law*, вона лише констатувала: «видається, що наразі є можливим **консенсус** стосовно [його] **безумовних складників**» (параграф 41 Доповіді CDL-AD (2011)003rev).

19. Своєрідний підхід до цього питання застосував український законодавець: як свідчать ухвалені ним акти, у низці випадків він вдався до спроб дати формальне визначення поняття *the rule of law* (на що ніколи не наважувалися ні Міжнародна комісія юристів, ні Венеційська Комісія) шляхом визначення змісту конструкції «принцип верховенства права».

20. Уперше таке формальне визначення в українському законодавстві постало, коли парламент ухвалив **Кодекс адміністративного судочинства** (від 6 липня 2005 року № 2747-IV)²⁰. Тоді в статті 8 КАС записали так (наразі це стаття 6 у такому самому викладі):

«Стаття 6. Верховенство права

1. Суд при вирішенні справи керується **принципом верховенства права**, відповідно до якого, **зокрема**, людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

2. Суд застосовує принцип верховенства права з **урахуванням судової практики Європейського суду з прав людини**» (*напівжирний шрифт мій*. – С. Г.).

Із застосованої в цьому Кодексі ще тоді (та незмінної донині) формули частини першої тодішньої статті 8 (а наразі статті 6) випливає, що «принцип верховенства права» – це, «**зокрема**», те, що «*людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави*». Отже, виходить, що «принцип верховенства права» – це таке собі щось *загалом неозначене*, проте воно (хоч і лишається *загалом неозначеним*) все-таки містить у собі *щось відокрем-*

¹⁹ Див.: The Rule of Law in a Free Society: a report on the International Congress of Jurists, New Delhi, India, January 5–10, 1959. – Geneva: International Commission of Jurists 1959. – P. 196-197.

²⁰ Відомості Верховної Ради (ВВР), 2005, № 35–36, № 37, ст. 446.

лене; конкретно цим окремим тут виступає те, що «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави». Така формула видається недолугою з низки міркувань. По-перше, *неозначене* навряд чи може містити в собі щось *означене*. По-друге, якщо «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави» – це становить щось одне *відокремлене* в ланцюзі однотипного. То як у *неозначеному* відшукати те, що становить *решту* всього однотипного, коли все разом – *відокремлене* та *решта* – становить щось те загальне, від якого *щось одне* відособлено? А власне на це вказує вставне слово **зокрема**, вжите в цій формулі для підкреслення, вирізнення отого «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави» з-поміж решти однотипного. По-третє, застосовані тут формули на кшталт «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями» та «людина, її права та свободи визначають зміст і спрямованість діяльності держави» – це, поза всяким сумнівом, своєрідний переспів ідей, що їх закладено до формул у частинах першій та другій статті 3 Конституції України. Цій статті загалом властивий той самий характер, що й статті 8 Конституції України – у кожній із них сконцентровано окрему засаду українського конституційного ладу. Попри притаманний їм обом органічний взаємозв'язок, усе ж структурні елементи (формули) однієї з них (у конкретному випадку – статті 3) не можуть виконувати роль елемента другої (у конкретному випадку – статті 8).

21. Отже, здійснена 2005 року спроба українського законодавця дати формальне визначення принципу «верховенство права» у вигляді формули, що постала в тодішній статті 8 та збережена в теперішній статті 6 Кодексу адміністративного судочинства, взагалі була марною. Передовсім з огляду на те, що, як довів міжнародний досвід, **поняття *the rule of law* взагалі не піддається формальному визначенню**. На перший погляд, здавалось би, можна і не докоряти українському законодавцеві за допущений гандж. Адже тоді ще не було в доступі авторитетних юридичних джерел, які однозначно підказували б, що не варто за браку знань чинити із цим складним предметом так, як цього не роблять ті, хто достеменно на ньому знається – вдаватися до формального визначення в позитивному праві того поняття, котре цьому взагалі не піддається. Утім, відколи 2011 року Венеційська Комісія ухвалила спеціальну Доповідь на цю тему (CDL-AD(2011)003rev), в українського законодавця виникла об'єктивна

можливість виправити свій підхід та усунути означену ваду. Натомість, як можемо бачити, він вчинив інакше й справу тільки погіршив.

22. В ухваленій 2012 року українським парламентом **Кримінальний процесуальний кодекс** (від 13 квітня 2012 року № 4651-VI)²¹ так само помістили окрему статтю із формальним визначенням поняття «верховенство права», що м а й ж е дослівно відтворило формули КАСУ 2005 р.:

«Стаття 8. Верховенство права

Кримінальне провадження здійснюється з додержанням **принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави.**

Принцип верховенства права у кримінальному провадженні застосується з **урахуванням практики Європейського суду з прав людини**» (*напівжирний шрифт мій.* – С. Г.).

Єдиною розбіжністю між КАС (2005 р.) та КПК (2012 р.) стало те, що із тексту формули частини першої відповідної статті КАС випало – не знати, з якої причини – слово «зокрема». Ця мізерна зміна спричинилась до істотного за змістом наслідку: відтепер за формальним визначенням «принцип верховенства права» слід було розуміти як тотожність того, що включає в себе конструкція «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави». Тобто продуктом вилучення слова «зокрема» із тексту, відомого за Кодексом адміністративного судочинства, стала конструкція: «**принцип верховенства права**» = «**людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави**». Це при тому, що станом на 2012 рік, коли вітчизняний парламент ухвалював КПК, Доповідь Венеційської Комісії вже була доступною, а з неї впливало, що український законодавець у національному праві записав те, що не відповідало викладеному в документі Венеційської Комісії 2011 р. європейському стандартові.

23. Через три з лишком роки дещо інакше, але не менш безглуздо законодавець визначив, як слід розуміти зміст «принципу верховенства права»: у **Законі України № 889-VIII «Про державну службу»** (від 10 грудня

²¹ Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 9–10, № 11–12, № 13, ст. 88.

Сергій Головатий

2015 року № 889-VIII)²², зокрема у статті 4 («Принципи державної служби»), сказано, що «**верховенство права**» – це

«**забезпечення пріоритету** прав і свобод людини і громадянина відповідно до Конституції України, що визначають зміст та спрямованість діяльності державного службовця під час виконання завдань і функцій держави» (*напівжирний шрифт мій.* – С. Г.).

У наведеному визначенні, окрім його суто стилістичної неадаптованості, спостерігаємо зміну того підходу, що його законодавець попередньо зафіксував у двох кодексах щодо сутнього змісту означеного поняття. Тут уже не йдеться про часткове або повне ототожнення цього поняття з інститутом людських прав та самою людиною (що властиве текстам відповідних приписів у КАС і КПК), а мовиться про *забезпечення пріоритету* «прав і свобод людини і громадянина». Звісно, що таке бачення жодним чином не збігається з тлумаченням цього предмета Венеційською Комісією в рамках спеціальної Доповіді 2011 р. До того ж уже якщо заходить про *пріоритет* (тобто переважне, провідне значення чогонебудь; або перевагу над чимсь або кимсь), то логіка вимагає, щоб давалося втямки, власне, *над ким/чим* його має бути забезпечено. Законодавець на це не вказав, що лише посилює недолугість витореної ним юридичної формули та робить її незастосовною практично.

24. На відміну від того підходу, що його законодавець застосував у КАС (2005 р.), КПК (2012 р.) та Законі про державну службу (2015 р.), чим породив три відмінні формальні визначення змісту «принципу верховенства права» в позитивному праві, спостерігаємо ще інакший підхід – на прикладі двох інших актів законодавства, в яких немає формального визначення «принципу верховенства права».

Так, **Цивільний процесуальний кодекс** (від 18 березня 2004 р. № 1618-IV)²³ містить статтю 10 («Верховенство права та законодавство, відповідно до якого суд вирішує справи»), а **Господарський процесуальний кодекс** (від 6 листопада 1991 № 1796-XII)²⁴ – статтю 11 («Верховенство права та джерела права, що застосовуються судом»), які мають аналогічні формули. Відповідно до них:

- «Суд при розгляді справи керується принципом верховенства права» (частина перша в кожній зі статей)

²² Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016, № 4, ст. 43.

²³ Відомості Верховної Ради (ВВР), 2004, № 40–41, 42, ст. 492.

²⁴ Відомості Верховної Ради (ВВР), 1992, № 6, ст. 56.

- «Суд застосовує при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, та **практику ЄСЛП як джерело права**» (частина четверта кожної зі статей).

Такого, як у КАС і КПК – де є конкретна вказівка на те, що в рамках цих двох видів судочинства **«принцип верховенства права»** застосовується «з урахуванням практики Європейського суду з прав людини», – в ЦПК і ГПК немає. Проте із цього не випливає, що цивільна або господарська юрисдикції мають застосовувати зазначений принцип інакше, ніж адміністративна або кримінальна. Адже за змістом частин першої та четвертої статті 10 ЦПК і статті 11 ГПК наслідок той самий: **практика ЄСЛП як джерело права є тим уніфікованим стандартом, що ним має керуватися український суд будь-якої з юрисдикцій.**

25. У підсумку слід зауважити, що на шляху до застосування практики ЄСЛП як уніфікованого європейського стандарту в означеній ділянці юридичної практики очевидною перешкодою є ті вади вітчизняного законодавства, про які вже йшлося вище. Зокрема, це наявність у ньому взагалі, а до того ж – кількох та ще й розбіжних – формальних визначень поняття «верховенство права». Таку перешкоду легко долати, якщо послуговуватися європейським стандартом, до якого належить не тільки «жорстке право» у вигляді рішень Європейського Суду з людських прав, а й «м'яке право» спільного європейського правопорядку, чим, власне, є обидва документи Венеційської Комісії – «Доповідь про правовладдя» 2011 р. (CDL-AD(2011)003rev) та «Мірило правовладдя» 2016 р. (CDL-AD(2016)007). Поглиблене ознайомлення з ними доводить: їх обидві рясно угрунтовано на тих стандартах у цій ділянці, що є продуктом розмаїтої практики саме Страсбурзького Суду.

III. Сучасна українська офіційна доктрина

26. Ще задовго до того, як Венеційська Комісія 2011 року ухвалила «Доповідь про правовладдя» (CDL-AD (2011)003rev) та український законодавець уперше насмівився випрацювати формальне визначення «принципу верховенства права» власного ґатунку, вітчизняний орган конституційної юрисдикції, випередивши законодавця, в рамках Рішення № 15-рп/2004 витворив «український варіант» офіційного тлумачення поняття «верховенство права». Тоді Суд пояснив його так:

«Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави **його втілення** у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у **закони**, які за своїм змістом мають бути **проникнуті** передусім **ідеями соціальної справедливості**, свободи, рівності тощо. Одним з **проявів верховенства права** є те, що **право** не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а **включає** й інші соціальні регулятори, зокрема **норми моралі, традиції, звичаї тощо**, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України.

Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи. **Справедливість – одна з основних засад права**, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай **справедливість** розглядають як **властивість права**, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню.

У сфері реалізації права **справедливість проявляється**, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, **цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення»²⁵** (напівжирний шрифт мій. – С. Г.).

27. У наведеній із судового рішення цитаті напівжирним шрифтом виділено ті його ключові елементи, завдяки яким легко пересвідчитися, що «український варіант» офіційного тлумачення поняття «верховенство права» жодним чином не збігається з тим, як Венеційська Комісія тлумачить поняття *the rule of law*, ґрунтуючи свою юридичну позицію передовсім на практиці Європейського Суду з людських прав.

28. Тоді свою юридичну позицію Конституційний Суд України побудував на ідеях, що не мають нічого спільного з науковою доктриною *правовладдя (the rule of law)* всіх часів та її сучасною реалізацією

²⁵ Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 року (справа № 1-33/2004; пункт 4.1 мотивувальної частини).

на практиці в рамках рішень Європейського Суду з людських прав і напрацьованих Венеційською Комісією досліджень. Про це свідчать зокрема такі найвиразніші особливості «українського варіанта» офіційного тлумачення:

- початкова фраза першого абзацу («**верховенство** права – це **панування** права в суспільстві») навіть з лінгвістичного погляду в контексті означеної теми є недоречною, позаяк слово «*верховенство*» не є тотожним слову «*панування*». Якщо перше (*верховенство*) вказує на панівне становище, переважаючий вплив кого-, чого-небудь²⁶, старшинство, ієрархічно вищу позицію кого-, чого-небудь відносно когось (чогось), хто (що) стоїть нижче, то друге (*панування*) означає дію за значенням *панувати* – мати владу над ким-, чим-небудь²⁷. Юридичний же контекст доводить, що англійське *the rule of law*, як це впливає з усіх доктринальних і нормативних джерел – із самої концепції, що її витворив Альберт Дайсі, з рішень Страсбурзького Суду, з обох документів Венеційської Комісії на цей предмет, – жодним чином не стосується такого випадку, коли йшлося б про *панівне* становище права над кимось (чимось) або про те, що *право* вивищується *над* кимось (чимось) ієрархічно. Українські двослівні конструкції «*верховенство права*» та «*панування права*» є розкладними поняттями (тобто такими, де обидва слова в кожній із конструкцій мають самостійне значення), тоді як англійське *the rule of law* є ідіоматичною словосполучкою, що виражає одне цілісне, нерозкладне поняття й семантично може дорівнювати одному слову. Українською задля цієї мети найкращим відповідником є слово-новотвір *правовладдя* (про що автор цих рядків, обґрунтовуючи, постійно веде мову ще з 2006 року²⁸);
- початкова фраза другого абзацу цитованого матеріалу («**таке розуміння права** <...>») вказує на те, що КСУ, виробляючи тоді свою юридичну позицію, розглядав присутнє значення поняття «верховенство права» як залежне від того, що, власне, розуміється під поняттям «право» (такий підхід віддзеркалював досить поширену наприкінці 90-х років минулого століття думку великого гурту вітчизняних науковців про те, що сутність *верховенства пра-*

²⁶ Див.: Словник української мови: в 11 томах. – Том 1, 1970. – С. 335.

²⁷ Див.: Словник української мови: в 11 томах. – Том 6, 1975. – С. 52.

²⁸ Див.: С. Головатий. Верховенство права: Монографія: У 3-х кн. – Книга третя. Верховенство права: український досвід. – С. 1663–1665; С. Головатий. Верховенство права (правовладдя): як його тлумачить Венеційська Комісія // Право України. – 2011. – № 10. – С. 161–162; С. Головатий. Про людські права: Лекції. – К.: Дух і Літера, 2016. – С. 20–28; С. Головатий. Коментар до документа Венеційської Комісії «Мірило правовладдя» для українського користувача // Європейська Комісія «За демократію через право». Мірило правовладдя: Коментар. Глосарій. – С. 68–73.

ва залежить від того, яке явище охоплюється поняттям «право», котре, власне, й «панує»²⁹. Свого часу автор цих рядків означив такий підхід як *прямолінійно-механістичне сприйняття поняття «верховенство права»*, вбачаючи в ньому відголос радянського юридичного позитивізму³⁰;

- розуміння поняття «право» може бути безліч (скільки науковців – стільки й поглядів на нього); але українська, як і кожна інша національна, в рамках спільного європейського юридичного простору, практика застосування «принципу верховенства права» вимагає уодноманітнення (уніфікації) його розуміння на основі стандартизації змісту того поняття, в якому було закладено його первинний зміст; таким поняттям є англійське *the rule of law*, котре, власне, й стало предметом дослідження з боку Венеційської Комісії – спочатку в «Доповіді про правовладдя» (2011 р.), а потому в створеному на її основі документі *Мірило правовладдя* (2016 р.);
- погляд на поняття «право» під кутом розуміння його як адресованої державі вимоги «**втїлювати його в закони**» видається хибним, бо логіка каже, що самі державні закони є складовою національного права; а тому ідея «**втїлення права**» в «**правотворчу діяльність держави**», включно з її «**законами**», викликає багато риторичних питань;
- теза про те, що ухвалені державою (всі) закони «за своїм змістом мають бути **проникнуті** передусім **ідеями соціальної справедливості**», відгонить марксизмом-ленінізмом; а марксизм-ленінізм та юридичне вчення ліберального напрямку, в лоні якого народжено й сформовано ідею *правовладдя* – явища несумісні;
- тезу про те, що «**право включає в себе – як суспільні регулятори – норми моралі, традиції, звичаї тощо**», не видається за можливе сприймати як юридично бездоганну з огляду на те, що кожне явище зі списку – право, мораль, традиції, звичаї – є самостійним; і кожне з них як окремішне явище є самостійним регулятором суспільних відносин: ведуть мову про *мораль права*³¹, втім,

²⁹ Про такий підхід див., зокрема, в працях: П. Рабінович. Конституційний принцип верховенства права // Юрид. вестник. – 1997. – № 3. – С. 66; П. М. Рабінович. Верховенство права // Юридична енциклопедія: В 6-ти т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. – К.: Укр. енцикл., 1998. – Т. 1: А–Г. – С. 341; А. П. Засць. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. – К.: Парлам. вид-во, 1999. – С. 132–133; А. Засць. Принцип верховенства права (теоретико-методологічне обґрунтування) // Вісник Акад. прав. наук. – Х.: Право, 1998. – № 1(12). – С. 4; М. Орзих. Верховенство права – принцип практической деятельности государства и общества // Юрид. вестник. – 1997. – № 3. – С. 69; В. Семчик. Юридична сила закону // Вісник Акад. прав. наук України. – 1998. – № 4(15). – С. 18; А. М. Колодій. Принципи права України: монографія. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 124.

³⁰ Див. з цього приводу докладніше: С. Головатий. Верховенство права: Монографія: У 3-х кн. – Книга третя. Верховенство права: український досвід. – С. 1394–1397, 1400–1406.

³¹ Див., приміром: Фуллер Лон Л. Мораль права: Пер. з англ. Н. Комарова. – Наукове видання. – К.: Сфера, 1999. – 232 с.

право як суспільний регулятор не може бути одночасно і *мораллю*, і *традиціями*, і *звичаями*;

- суперечливою видається висловлена в рішенні ідея *справедливості*: в одному випадку справедливість постає як «одна з основних засад права», в іншому – як «властивість права»; а твердження про те, що «справедливість проявляється, зокрема, у <...> цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення», будь-коли викликатиме заперечення, бо без труднощів можна навести безліч конкретних прикладів із вітчизняного практичного життя, що «цілі законодавця» або ж «засоби, що він їх обирає на досягнення своїх цілей», не є проявом *справедливості* (візьмімо до прикладу хоча б низку законів січня 2016 року, прозваних у народі та що їх визнано правничою спільнотою «диктаторськими»).

29. Попри такі особливості, що їх наведено вище, Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 року в питанні тлумачення припису частини першої статті 8 Конституції України стало помітним явищем в українському правничому бутті. Дуже швидко дехто з наукового середовища означив його, як «офіційний еталон інтерпретації принципу верховенства права»³², відгуком на що відразу ж було заперечення такого змісту: «<...> офіційним еталоном тлумачення цього принципу в рамках європейського правопорядку виступає власне практика Європейського суду з людських прав; тому претендувати на окремішню – українську “офіційну еталонність” у цьому питанні навряд чи взагалі випадає»³³.

30. У подальшому КСУ в своїх рішеннях посилався (і багато разів) лише саме на цей «еталон інтерпретації принципу верховенства права». За період 2004–2019 рр. нараховано 14 рішень зі змістом, у тому або іншому вигляді, цього «еталону»³⁴.

31. Утім, спостерігаємо, що від 2017 року КСУ став звертатися також до ухваленої 2011 року Венеційською Комісією «Доповіді про верховенство права» (CDL-AD (2011)003rev). Причому тенденція такого звертання має дедалі зростаючий характер. Так, відтоді й дотепер маємо рівно десять рі-

³² Див.: П. Рабінович. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького Суду та Конституційного Суду України // Вісник Конституційного Суду України. – 2006. – № 1. – С. 45.

³³ Див.: С. Головатий. Верховенство права: Монографія: У 3-х кн. – Книга третя. Верховенство права: український досвід. – С. 1662–1663.

³⁴ Рішення: № 18-рп/2004 від 1 грудня 2004 р.; № 2-рп/2005 від 24 березня 2005 р.; № 4-рп/2008 від 1 квітня 2008 р.; № 26-рп/2009 від 19 жовтня 2009 р.; № 8-рп/2010 від 11 березня 2010 р.; № 15-рп/2010 від 10 червня 2010 р.; № 17-рп/2010 від 29 червня 2010 р.; № 10-рп/2011 від 11 жовтня 2011 р.; № 3-рп/2012 від 25 січня 2012 р.; № 1-рп/2014 від 11 лютого 2014 р.; № 2-рп/2017 від 20 грудня 2017 р.; № 1-рп/2018 від 27 лютого 2018 р.; № 5-рп/2018 від 22 травня 2018 р.; № 1-р(П)/2019 від 25 квітня 2019 р.

Сергій Головатий

шень КСУ з посиланням на цю Доповідь, із них – два рішення 2017 року, три рішення 2018 року, п'ять рішень – станом на 1 серпня 2019 року³⁵.

32. Утім, хоча тенденція звертання до цієї Доповіді набула зростаючого характеру, все ж спостерігається сталість уваги КСУ до предметного показника: поки що ледь не єдиним предметом, до якого КСУ виявляє свою увагу, є питання *юридичної визначеності* як складової *правовладдя* («верховенства права»). Тому в рішеннях КСУ трапляються звертання до Доповіді Венеційської Комісії з посиланням на пункт 41 (і то лише в аспекті *юридичної визначеності*, де цю складову *правовладдя* наведено як одну³⁶ з шести – другою водночас із рештою п'ятьма в загальному переліку) та на пункти 44, 45, 46, 47, 48 (в яких докладніше розкрито зміст лише цієї складової).

33. Схвально оцінюючи практику Конституційного Суду з дедалі частішого послуговування означеною Доповіддю Венеційської Комісії, слід звернути увагу на те, що юридична точність обумовлює потребу внесення певної корекції в цитований Судом матеріал. Адже поки що в тексті судових рішень із посиланням на пункт 47 Доповіді Венеційської Комісії йдеться про *закони*, щодо яких вимога *юридичної визначеності* стосується певного стану їхньої *якості* («нечіткі закони»³⁷), тоді як документ мовою оригіналу (англійською) передбачає, що ця вимога поширюється на будь-який із *нормативних актів*. Рівнозначно вона стосується також будь-якого поодинокого *припису нормативного акта*. Ще одне: наразі в рішеннях КСУ наявна розбіжність у використанні термінів стосовно одного й того самого поняття: із посиланням на пункт 48 Доповіді Венеційської Комісії в одних рішеннях йдеться про *законні*³⁸ очікування, тоді як в інших – про *легітимні*³⁹. Ясна річ, що юридичні значення, що їх містять у собі категорії *законний* та *легітимний*, істотно різняться. До того ж у текстах обох документів Венеційської Комісії застосовано термін *legitimate expectation* (в однині – *CDL-AD(2011)003rev*, para. 48) або *legitimate expectations* (у множині – *CDL-AD(2016)007*, para. 61), українськими відповідниками чого є: *виправдане (легітимне)*

³⁵ Рішення: № 2-р/2017 від 20 грудня 2017 р.; № 3-р/2017 від 21 грудня 2017 р.; № 1-р/2018 від 27 лютого 2018 р.; № 5-р/2018 від 22 травня 2018 р.; № 7-р/2018 від 11 жовтня 2018 р.; № 1-р/2019 від 26 лютого 2019 р.; № 3-р/2019 від 6 червня 2019 р.; № 6-р/2019 від 20 червня 2019 р.; № 3-р(I)/2019 від 5 червня 2019 р.; № 5-р(I)/2019 від 12 липня 2019 р.

³⁶ Єдиним винятком стосовно цього є рішення КСУ № 7-рп від 11 жовтня 2018 р., де з посиланням на пункт 41 Доповіді Венеційської Комісії 2011 р. зазначено й інший складник – *заборону свавілля*.

³⁷ Приміром, у рішенні КСУ № 1-рп від 27 лютого 2018 р. та рішенні КСУ № 3-р(I)/2019 від 5 червня 2019 р.

³⁸ Приміром, у рішенні КСУ № 1-рп від 27 лютого 2018 р. та рішенні КСУ № 5-рп від 22 травня 2018 р.

³⁹ Приміром, у рішенні КСУ № 3-р(I)/2019 від 5 червня 2019 р. та рішенні КСУ № 6-рп від 20 червня 2019 р.

очікування/виправдані (легітимні) очікування (а не законне/законні очікування).

34. Отже, запропонований оновлений текст українського перекладу Доповіді Венеційської Комісії 2011 р. спрямовано на те, щоб усунути також означені вище недоліки, які притаманні його першому варіантові.

IV. Якість «закону» та якість українського перекладу рішень ЄСЛП

35. Вище, у параграфі 32 нашого коментаря, побіжно йшлося про «якість закону» як один із проявів імперативу *юридичної визначеності*, котра (свою чергою) є одним із шести безумовних складників *правовладдя*, стосовно яких уже станом на 2011 рік, за визначенням Венеційської Комісії, був досяжним консенсус.

36. Як було зазначено там само, до цього прояву *юридичної визначеності* у своїй діяльності звертається Конституційний Суд України найчастіше. Утім, цей предмет здобув популярність також у науковому середовищі.

37. Для прикладу візьмемо одну з найсвіжіших публікацій⁴⁰. У ній авторка посилається на Доповідь Венеційської Комісії 2011 р., вказує на її пункт 46 (утім, не позначає джерел, за яким вона її досліджувала)⁴¹, називає її *звітом* (хоча достеменно відомо, що Венеційська Комісія ні перед ким не звітує за свою змістову діяльність) та стверджує, що «принцип верховенства права вимагає дотримання вимог “якості закону”»⁴². У своєму твердженні вона буцімто спирається на рішення ЄСЛП у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства⁴³, наводячи з нього цитату такого змісту: «Норма не може вважатися законом, якщо вона не сформульована з необхідною точністю»⁴⁴.

38. Пошук джерела, на яке авторка вказала у виносці 24 своєї публікації, показав, що йдеться про рішення у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства від 06.11.1980 р.: [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_164. Проте виявляється,

⁴⁰ В. К. Волошина. Верховенство права та законність як принципи кримінального провадження в розрізі практики Європейського Суду з прав людини // Часопис Київського університету права. – К.: Київський університет права НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – 2018. – № 3. – С. 250–254.

⁴¹ Див. виноску 26 у публікації.

⁴² В. К. Волошина. Зазначена праця. – С. 252.

⁴³ Див. виноску 24 у публікації.

⁴⁴ В. К. Волошина. Зазначена праця. – С. 252.

що в цьому рішенні ЄСЛП цитованої авторкою юридичної позиції **геть немає!** Насправді ж те, що мала на увазі авторка та стосовно чого вона допустила наукову неохайність при зазначенні джерела, походить із рішення ЄСЛП цілковито в іншій справі, що й засвідчено текстом параграфів 47–48 рішення у справі *Sunday Times v. The United Kingdom*⁴⁵. Ще при написанні своєї праці «Верховенство права: У 3-х кн.» (що вийшла друком 2006 року) автор цих рядків також застосував це рішення ЄСЛП як одне із класичних у досліджуваному питанні. Проте переклад українською одного з ключових висновків Страсбурзького Суду вже на той час був інакшим. Тоді ту саму фразу, що її навела авторка в торішній публікації, було подано так: «<...> норма не може розглядатись як “право”, якщо її не сформульовано з достатньою мірою чіткості, яка дає громадянину змогу регулювати свою поведінку»⁴⁶.

39. Ключовою відмінністю між двома перекладами є те, що в одному випадку йдеться про вимогу стосовно такого стану якості юридичної норми, за якого є можливим її вважати «законом», а в другому – вважати її «правом». Змістова різниця між двома варіантами перекладу є очевидною, чого не треба доводити. Як очевидною є й важливість наслідків практичного застосування однієї або другої форми. Водночас – це ще один приклад труднощів перекладу юридичних текстів з англійської, що містять полісемічний термін *law* (про що докладно йшлося вище⁴⁷).

40. Цей осібний випадок наведено, аби підтвердити також те, якою мірою досі на українську юридичну культуру й практику можуть мати вплив російськомовні джерела. Бо, як показує цей приклад, можна припустити, що за браком українськомовного перекладу тексту рішення Страсбурзького Суду авторка, найімовірніше, скористалася його російськомовним варіантом⁴⁸, в якому застосоване в параграфах 46–49 тексту рішення мовою оригіналу (англійською) слово *law* (як без будь-якого артикля, так і з означеним артиклем – *the law*) перекладено або як *норми*, або як *закон*, або навіть як *законодавство*.

41. Утім, не лише російськомовні переклади рішень спотворюють правдивий зміст окремих юридичних категорій, що їх усталено застосо-

⁴⁵ Case of *The Sunday Times v. the United Kingdom*, 26 April 1979, Series A, No. 30, paras 47–48.

⁴⁶ Див.: Сергій Головатий. Верховенство права: Монографія: У 3-х кн. – Книга друга. Верховенство права: від доктрини до принципу. – С. 1184.

⁴⁷ Див. параграфи 11 та 13 цього коментаря.

⁴⁸ У перекладі російською текст цього рішення є доступним за джерелом: [https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-94270&filename=CASE%20OF%20THE%20SUNDAY%20TIMES%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20\(No.%201\)%20-%20\[Russian%20Translation\].pdf](https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-94270&filename=CASE%20OF%20THE%20SUNDAY%20TIMES%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM%20(No.%201)%20-%20[Russian%20Translation].pdf)

вуге Страсбурзький Суд у своїх рішеннях. Ті самі вади властиві й деяким українським джерелам, користування якими може призводити до хибних висновків з боку науковців та практиків, зокрема суддів (як приклад: твердження про збіг принципу *законности* з вимогою *юридичної визначености* як складника *правовладдя* при з'ясуванні змісту категорії «*якість закону*» в рамках практики Європейського Суду з людських прав⁴⁹).

42. Цей аспект проблеми є дуже важливим з огляду на те, що правильний переклад українською з теоретичної та практичної точок зору має велике значення, бо стосується не тільки змістового значення самого слова *law* (у його варіантах: *law; a law; the law; the laws*), а й тих юридичних конструкцій, що їх систематично застосовує Страсбурзький Суд на прикладі формул із класичного рішення у справі *Sunday Times v. The United Kingdom* (1979): “*prescribed by law*” та “*in accordance with the law*”. До того ж користування російськими перекладами є неприпустимим з того погляду, що (як впливає з приписів Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV від 23 лютого 2006 р.⁵⁰) за браком текстів рішень Європейського Суду українською – суд має користуватися текстом, укладеним мовою оригіналу (англійською або французькою). На випадок виявлення розбіжності між українським перекладом та текстом, укладеним мовою оригіналу, суд має користуватися останнім. А в разі потреби мовного тлумачення тексту, що його укладено мовою оригіналу, суд повинен використовувати відповідну практику Страсбурзького Суду.

43. Викладене вище доводить, що потреба повернутись до питання українського перекладу Доповіді Венеційської Комісії 2011 р. великою мірою обумовлена тим, що в світлі означеної в попередньому параграфі нашого коментаря проблеми текстові документа властиве розмаїття сталих у англійській правничій мові конструкцій та формул із вмістом слова *law*: окрім наведених раніше *prescribed by law* та *in accordance with the law*, ще й такі – *accountability to the law*, *supremacy of law*, *supremacy of the law*, *application of the law*, *benefit of laws*, *benefit of the laws*, *equality before the law*. Варіативна наявність у цих конструкціях слова *law* потребувала перегляду саме під цим кутом зору того українського перекладу, що його було здійснено та оприлюднено ще 2011 року.

⁴⁹ Див., зокрема: Навчально-методичний посібник для тренерів навчального курсу для суддів «Застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя» / упоряд. Т. І. Фулей. – К.: ВАІТЕ, 2017. – С. 129.

⁵⁰ Відомості Верховної Ради (ВВР), 2006, № 30, ст. 260.

V. Сьогочасна українська наукова правнича доктрина

44. Позаяк від часу ухвалення Венеційською Комісією свого першого дослідження – *Report on the Rule of Law (CDL-AD (2011)003rev)* – минуло понад вісім років, є рація простежити, як український науковий правничий загал сприйняв його сутність та, відповідно, поглянути на його відголос у сьогочасній українській науковій правничій думці. Тут картину можна було б змалювати в двох ракурсах: а) обстеживши, як науковці тлумачать в науково-практичних коментарях конкретні приписи українських законів, що містять вказівку на застосування «принципу верховенства права» в конкретній ділянці національного правопорядку; б) здійснивши огляд решти наукових праць (здебільшого статей) на цю тему, що вийшли друком уже по тому, як Венеційська Комісія ухвалила свій другий документ («*Мірило правовладдя*»), тобто упродовж останніх років.

A. Тлумачення поняття «верховенство права» в коментарях до актів законодавства (2005–2018 рр.)

45. Огляд науково-практичних коментарів, що стосуються відповідних актів законодавства, цікавим був би в аспекті трьох ракурсів: 1) погляд науковців на «верховенство права» до ухвалення Венеційською Комісією Доповіді 2011 р. з цього питання; 2) розуміння авторами поняття «верховенство права» по тому, як Венеційська Комісія ухвалила Доповідь 2011 р.; 3) якою мірою міркування українських науковців щодо означеного поняття збігаються з тим, як його тлумачить Венеційська Комісія.

(1) Погляд науковців на «верховенство права» до ухвалення Венеційською Комісією Доповіді 2011 року

46. Перша спроба пояснити, як слід розуміти «верховенство права» в площині практичного правосуддя, постає як миттєва реакція на ухвалення парламентом 6 липня 2005 р. **Кодексу адміністративного судочинства**, що став першим з-поміж усієї множини актів законодавства, де виокремлено відповідну статтю. У коментарі (що вийшов друком 2005 року⁵¹) до статті 8 КАС зазначалось, що визнання «верховенства права» конституційним принципом означає, зокрема, те, що:

⁵¹ Кодекс адміністративного судочинства України: Науково-практичний коментар / За заг. ред. С. В. Ківалова, О. І. Харитонової / Ківалов С. В., Харитонова О. І., Пасенюк О. М., Аракелян М. Р. та ін. – Х.: ТОВ «Одіссей», 2005. – 552 с.

- «закони держави, а також їх застосування повинні відповідати праву як мірі загальної та рівної для всіх свободи та справедливості»;
- «в законах має обмежуватись свавілля як фізичних, юридичних осіб, так і держави задля загального добра»;
- «свобода громадян має забезпечуватись таким правовим порядком, коли ніхто не змушує робити чогось, не передбаченого законом, а людина, її права і свободи визнаються найвищою цінністю»;
- «не держава утворює право, а право є основою життєдіяльності та існування держави в особі її органів, посадових осіб і інших організацій».

У підсумку висловлено твердження: «адміністративний суд не повинен застосовувати положення правового акту, у тому числі закону, якщо його застосування суперечить конституційним принципам права або порушуватиме права та свободи людини і громадянина. Адміністративний суд не повинен також допускати тлумачення закону, яке б несправедливо обмежувало ці права і свободи»⁵².

Можна сказати, що поглядіві зачинателів справи в загальних рисах притаманний теоретико-філософський підхід («закони держави повинні відповідати праву»; «не держава утворює право»; «в законах має обмежуватись свавілля» тощо), який лише декотрою мірою є суголосним філософській лінії автентичної концепції *the rule of law*. Утім, не уявляється, в який спосіб висловлені теоретичні міркування можна застосувати як практичний інструментарій у рамках адміністративного судочинства. А твердження практичного спрямування (на кшталт «суд не повинен застосовувати» припис будь-якого нормативного акта, «якщо його застосування суперечить конституційним принципам права», або що «суд не повинен допускати тлумачення закону, яке б несправедливо обмежувало <...> права і свободи») видаються доволі проблематичними з методологічного погляду.

47. Двома роками пізніше було запропоновано дещо інший погляд на означену справу. Його теоретичний бік виявся дуже близьким до одного з аспектів філософської основи конституційної доктрини *правовладдя* (*the rule of law*), що її сформулював іще наприкінці XIX століття сам її засновник – англійський конституціоналіст Альберт Венн Дайсі. Так, із нового науково-практичного коментаря (що вийшов друком 2007 року)⁵³

⁵² Там само. – С. 46.

⁵³ Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. Р. О. Куйбіди. – К.: Книги для бізнесу, 2007. – Том 1. – 552 с.

Сергій Головатий

окреслюється ідея «верховенства права» як заперечення свавілля, коли стверджується: «Протилежністю верховенства права є свавілля. Держава не може діяти свавільно, вона обмежена правом. І не тільки створеним нею законодавством, а й правом, яке існує апріорі, незалежно від її розсуду – природним правом або природними правами кожної людини»⁵⁴.

Стосовно практичної частини тлумачення частини першої статті 8 КАС, то міркування щодо принципу «верховенства права» носять досить суперечливий характер. Ув одному разі (залишивши поза увагою той вагомий факт, що у формулі частини першої статті 8 КАС міститься слово *зокрема*) стверджується, що коментовану статтю слід сприймати «через призму положень статті 3 Конституції України: відповідно до принципу верховенства права людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави»⁵⁵. (Слід звернути увагу на той вагомий факт, що у формулі частини першої статті 8 КАС міститься слово *зокрема*, а в коментарі його вилучено). За такого підходу зміст «принципу верховенства права» (стаття 8 Конституції) зведено до формули «людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави» (стаття 3 Конституції), тобто їх злито воедино. В іншому разі сказано, що «у статті 3 втілено» лише «один із елементів принципу верховенства права»⁵⁶. З перспективи практичності в коментарі також стверджується, що «в адміністративному судочинстві принцип верховенства права зобов'язує суд, зокрема, надавати тлумачення закону у спосіб, який забезпечує пріоритет прав людини при вирішенні справи. Тлумачення закону в жодному разі не може спричиняти несправедливих обмежень таких прав»⁵⁷. У цьому зв'язку слід звернути увагу на два суто практичні аспекти такого твердження. Перше: якщо вести мову про *пріоритет* (тут – *прав людини*), то судові «при вирішенні справи» мало би бути достеменно відомо, *відносно кого* або *чого* (адже *пріоритет* – це «перевага над кимсь, чимсь»⁵⁸). Друге: якщо вести мову про недопустимість «несправедливих» обмежень прав людини як наслідок тлумачення закону судом, то варто осмислити, чи взагалі можливі їх «справедливі» обмеження – саме як наслідок тлумачення законів судом.

www.pravolia.com.ua

⁵⁴ Там само. – С. 87.

⁵⁵ Там само.

⁵⁶ Там само. – С. 86.

⁵⁷ Там само. – С. 87.

⁵⁸ Словник української мови: в 11 томах. – Том 8, 1977. – С. 108.

І наостанок: тут при тлумаченні статті 8 КАС застосовано якраз те рішення КСУ (№ 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р., підпункт 4.1 пункту 4 мотивувальної частини)⁵⁹, що його вже нами проаналізовано⁶⁰.

48. У ще одному науково-практичному коментарі Кодексу адміністративного судочинства (що вийшов друком 2009 року⁶¹) зміст поняття «верховенство права» розкрито виключно через розуміння автором змісту поняття «права та свободи людини» (шляхом тлумачення приписів статей 3, 22 Конституції, із наведенням класифікації «прав і свобод», на прикладі «права на доступ до державної служби» – на основі статті 38 Конституції та статті 4 Закону про державну службу)⁶².

49. Ув іншому коментарі (що вийшов друком 2009 року як друге видання⁶³) дослівно відтворено текст його першого видання 2007 року⁶⁴ й аналіз якого тут уже здійснено⁶⁵.

50. Останнім за цього періоду є науково-практичний коментар 2011 року видання⁶⁶, де тлумачення поняття «верховенство права» (коментування статті 8 КАС) вимальовується в найзагальніших рисах так:

- зазначено, що «верховенство права є найважливішим принципом правової держави»;
- заявлено, що змістом принципу верховенства права є «пріоритет людини, її прав та свобод, які визнаються найвищою соціальною цінністю в Україні» та що «цей принцип закріплено у статті 3 Конституції України»;
- сказано, що «верховенство права – це панування права в суспільстві» (тут текстуально викладено майже всю ту частину пункту 4.1 мотивувальної частини Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р., що її наведено в параграфі 25 вище)⁶⁷.

⁵⁹ Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. Р. О. Куйбіди. – Том 1. – С. 87-88.

⁶⁰ Див. параграфи 26–30 вище.

⁶¹ Кодекс адміністративного судочинства України: наук.-практ. комент. / Н. О. Армаш, О. М. Бандурка, А. В. Басов [та ін.], за заг. ред. докт. юр. наук, проф. А. Т. Комзюка. – К.: Прецедент; Істина, 2009. – 823 с.

⁶² Там само. – С. 97–99.

⁶³ Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар / За заг. ред. Р. О. Куйбіди. (Видання друге, доповнене). – К.: Юстініан, 2009. – 976 с.

⁶⁴ Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. Р. О. Куйбіди. – Том 1. – 552 с.

⁶⁵ Див. параграф 47 вище.

⁶⁶ В. М. Кравчук. Науково-практичний коментар до Кодексу адміністративного судочинства України. – Х.: Фактор, 2011. – 800 с.

⁶⁷ Там само. – С. 38–39.

Запропонований варіант розуміння поняття «верховенство права» не збігається з тим, як його тлумачить Венеційська Комісія у своїй Доповіді 2011 р., де чітко йдеться про те, що *the rule of law* («верховенство права») та *Rechtsstaat* («правна держава») є самостійними та відмінними одне від одного поняттями. Отже, «верховенство права» (*the rule of law*) не може бути складовою «держави правової» (*Rechtsstaat*), про що стверджується в тезі автора цитованого коментаря: «верховенство права є найважливішим принципом правової держави»). Стосовно *prioritety* («людини, її прав і свобод») доводиться вкотре наголошувати: при застосуванні слова *prioritet* неодмінно має бути відомо, про *кого* (що) конкретно йдеться у значенні: *перевага над кимсь, чимсь*⁶⁸. До того ж ніщо в Доповіді Венеційської Комісії не вказує на те, що «принцип верховенства права» і «принцип людських прав» є тотожними. Критичний погляд на зміст пункту 4.1 мотивувальної частини Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. уже викладено раніше⁶⁹.

(2) Тлумачення поняття «верховенство права» по ухваленні Венеційською Комісією Доповіді 2011 року

51. Через рік по ухваленні Венеційською Комісією Доповіді 2011 р. вийшов друком іще один науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства⁷⁰. Тут міститься нарікання з приводу того, що сама «Конституція не дає визначення» принципу верховенства права (хоча й проголошує в частині першій статті 8: «в Україні визначається⁷¹ і діє принцип верховенства права»)⁷². Утім, погляд на передбачений статтями 7 і 8 Кодексу зміст «принципу верховенства права» представлено так:

- принцип верховенства права «означає пріоритет прав і свобод людини, справедливості і гуманізму у діяльності адміністративних органів»;
- «уперше характеристику вимог принципу верховенства права подано у Рішенні Конституційного Суду України № 15-рп від 2 листопада 2004 р.»;

⁶⁸ Див. параграф 47 вище.

⁶⁹ Див. параграф 28 вище.

⁷⁰ Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / За заг. ред. І. Х. Темкіжева (кер. авт. кол.). – 2-ге вид., перероб. і доп. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 720 с.

⁷¹ Через недогляд як з боку авторів видання, так і самого видавництва у цьому місці коментаря значиться слово *визначається* замість *визнається* в Конституції.

⁷² Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / За заг. ред. І. Х. Темкіжева (2012). – С. 30.

- зазначено, що «Конституційний Суд, характеризує принцип верховенства права, розглядає право не як закон чи систему нормативних актів, а як втілення справедливості, що є протилежним свавіллям»⁷³;
- стверджується, що «принципом верховенства права є сукупність засад (положень), ідей, тобто вимог, що ґрунтуються на природних правах особи та її індивідуальній автономії стосовно держави»⁷⁴ (це – в коментарі стосовно статті 7 КАС);
- стверджується, що «вимоги принципу верховенства права не містять конкретних норм, які могли б бути безпосередньо застосовані для врегулювання суспільних відносин»⁷⁵ (це – в коментарі стосовно статті 8 КАС);
- подається, що «цей принцип не містить готових рецептів, а вказує способи дослідження конкретних життєвих обставин та підходи до оцінки і тлумачення приписів закону»⁷⁶;
- наголошується, що «процесуальна» складова верховенства права є, можливо, більш важливою, ніж «матеріальна»⁷⁷.

Отже, за такого варіанту тлумачення, окрім того, що пропонується – вже за традицією – розглядати сутність «принципу верховенства права» крізь призму «розуміння» самого *права*, також заперечується власне те, що впливає з Доповіді Венеційської Комісії 2011 р., зокрема: що принцип «верховенства права» насправді таки містить «готові рецепти» та «конкретні норми», які слід безпосередньо застосовувати в політичній та юридичній ділянках суспільного життя. Усупереч таким запереченням у коментарі дано формальне визначення цього принципу (як-от: «сукупність засад <...>» і далі за текстом). Сумнівною видається теза автора на користь «зважування» того, що він називає «матеріальною» та «процесуальною» складовою «верховенства права». Теза про «справедливість і гуманізм у діяльності адміністративних органів» як змістова складова «принципу верховенства права» тяжіє до лірики, а не юридичної матерії. Критичний погляд на *пріоритет* («прав і свобод людини») в контексті змісту «принципу верховенства права» викладено двічі раніше (див. параграфи 23 і 47 вище).

Але, можна сказати, найвиразнішою ознакою цієї праці є те, що в ній дослібно відтворено текстову частину з іншого науково-практичного ко-

⁷³ Там само.

⁷⁴ Там само. – С. 31.

⁷⁵ Там само. – С. 41.

⁷⁶ Там само. – С. 42.

⁷⁷ Там само.

Сергій Головатий

ментаря (виданого 2007 року за загальною редакцією Романа Куйбіди), щоправда, без посилання на нього. Тут міститься така теза: «Держава не може діяти свавільно, вона обмежена правом, тобто не лише законодавством, що створене нею, а й правом, яке існує апіорі, незалежно від її розсуду – «природним правом», або природними правами кожної людини»⁷⁸. (Порівняймо цю саму фразу в первинному варіанті: «Держава не може діяти свавільно, вона обмежена правом. І не тільки створеним нею законодавством, а й правом, яке існує апіорі, незалежно від її розсуду – природним правом, або природними правами кожної людини»⁷⁹).

52. Того самого (2012) року вийшов друком коментар до **Кримінального процесуального кодексу**⁸⁰, в якому зазначено, що «засада верховенства права не має формального визначення в законодавстві». Рівночасно слід зауважити, що ця праця (автор коментаря – проф. В. Т. Нор) заслуговує на особливу увагу через те, що доволі вигідно вирізняється з-поміж усіх інших подібних. У ній означено **досить критичне сприйняття юридичної позиції Рішення КСУ № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р.**, про що зокрема свідчить таке твердження: «Конституційний Суд України у своїх рішеннях, ґрунтуючись на юридичному позитивізмі при роз'ясненні суті верховенства права, використав формулу «верховенство права – це панування права в суспільстві» (рішення у справі № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. про призначення більш м'якого покарання). Проте такий підхід навряд чи можна визнати вдалим, оскільки застосована судом методологія для визначення верховенства права стикається з труднощами, оскільки ця засада є продуктом природного права, а не юридичного позитивізму»⁸¹. Це наразі винятковий випадок у вітчизняному науковому середовищі, коли вочевидь **не сприйнято позитивістську позицію Конституційного Суду в цьому питанні**.

53. Наступного (2013) року вийшов друком ще один науково-практичний коментар із цього предмета⁸². Його особливістю є те, що за сучасного періоду розвитку вітчизняної науки це, мабуть, **уперше** в такій праці при тлумаченні поняття «верховенство права» **застосовано Доповідь Венеційської Комісії 2011 р.** (*CDL-AD(2011)003rev*). Проте, як не прикро,

⁷⁸ Там само. – С. 30.

⁷⁹ Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. Р. О. Куйбіди. – Том 1. – С. 87.

⁸⁰ Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / За заг. ред. професорів В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. Є. Шумила. – К.: Юстініан, 2012. – 1328 с.

⁸¹ Там само. – С. 40.

⁸² Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: У 2 т. – Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.: Право, 2013. – 768 с.

тут допущено істотну неточність: коли наведено вісім «складових верховенства права», то зазначено, що це – «відповідно до підходів Венеційської Комісії»⁸³. Насправді сказане не відповідає дійсності: наведені автором коментаря вісім «складових верховенства права» є тим, як видатний британський суддя проф. Том Бінгем тлумачить у розширеному вигляді зміст поняття *the rule of law* за сучасних умов англійської політичної та юридичної систем у своїй праці⁸⁴ (і, зокрема, це чітко зазначено в параграфі 37 Доповіді Венеційської Комісії). Коли ж ідеться про позицію самої Венеційської Комісії, то її викладено в параграфі 41 Доповіді, де представлено ті *шість* «безумовних складників» поняття *the rule of law*, стосовно яких, як зазначає документ, з урахуванням думки Тома Бінгема та на основі «дуже відмінних систем права і держави» поталанило досягти консенсусу. На жаль, у цьому випадку не зазначено, що це є позиція власне Венеційської Комісії. Натомість подано так, що цей виклад слід сприймати як позицію укладачів цього науково-практичного коментаря⁸⁵.

54. Решту практики тлумачення поняття «верховенство права» в науково-практичних коментарях до конкретних актів законодавства, в яких утілено це поняття як принцип, можна простежити на прикладі видань періоду 2017–2018 рр., тобто вже по тому, як унаслідок конституційних змін 2016 року щодо правосуддя воно зайшло й до деяких інших статей Конституції, окрім статті 8.

55. Автори коментаря, що вийшов друком 2017 р.⁸⁶ стосовно Закону про державну службу⁸⁷, вкотре не уникли самостійної спроби дати «принципові верховенства права» формальне визначення та сформулювали його так: це – «забезпечення пріоритету свобод людини і громадянина відповідно до Конституції України, що визначають зміст та спрямованість діяльності державного службовця під час виконання завдань і функцій держави». Стосовно ж практичної діяльності державного службовця сказано, що цей принцип означає: «державні службовці під час здійснення своїх повноважень повинні дотримуватися букви і духу закону, забезпечувати підпорядкованість держави та її інститутів правам людини, визначати пріоритет права перед іншими соціальними норма-

⁸³ Там само. – С. 18.

⁸⁴ Tom Bingham. The Rule of Law. – London: Penguin Books, 2010. – 213 p.

⁸⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар: У 2 т. – Т. 1 / О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.; за заг. ред. В. Я. Тація, В. П. Пшонки, А. В. Портнова. – Х.: Право, 2013. – С. 18.

⁸⁶ Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу» / Ред. кол.: К. О. Ващенко, І. Б. Коліушко, В. П. Тимошук, В. А. Дерещ (відп. ред.). – К.: ФОП Москаленко О. М., 2017. – 796 с.

⁸⁷ Відомості Верховної Ради (ВВР), 2016, № 4. – С. 43.

Сергій Головатий

ми (моралі, звичаїв тощо)»⁸⁸. Із наведеного випливає, що таке тлумачення, на додаток до його повної розбіжності з тлумаченням Венеційської Комісії, є ще й внутрішньо суперечливим, оскільки в одному випадку має місце ототожнення цього принципу з «пріоритетом свобод людини і громадянина» (за нез'ясованості, відносно кого або чого має бути той *пріоритет*), а в другому – йдеться про *пріоритет* «права» відносно «інших соціальних норм (моралі, звичаїв тощо)».

56. Другим випадком, коли в науковій праці такого зразка при тлумаченні поняття «верховенство права» здійснено звернення до **Доповіді Венеційської Комісії 2011 р.**, є коментар до Кримінального процесуального кодексу видання 2017 р.⁸⁹, де хоча й викладено *шість* «безумовних складників» цього поняття⁹⁰, проте не розкрито, як їх слід розуміти та застосовувати конкретно в площині кримінального провадження. Крім того, як можна бачити, звернення до документа Венеційської Комісії не мало істотного впливу на суть справи, позаяк автор коментаря дає тут власне визначення цьому поняттю, котре за багатьма ознаками є надто суперечливим і спірним: «*Верховенство права* – система правового і суспільного устрою, де природні права і свободи людини законодавчо закріплено, визнано найвищою цінністю суспільства, а їх забезпечення стає пріоритетом держави, де сама влада перебуває під контролем закону, обмежується правом, а саме право створює таку систему правовідносин, за якої максимально усуваються можливості для свавілля чиновників»⁹¹.

57. Під час огляду інакшого видання, що вийшло друком 2017 року⁹², виявлено, що тут тлумачення поняття «верховенство права» здійснено шляхом дослівного відтворення тексту, що його було подано в однотипному виданні ще 2007 року.

Наводимо текст із трьох абзаців, що є в обох виданнях:

«Верховенство права закріплено у частині першій статті 8 Конституції <...>. За змістом це один із найбагатогранніших правових принципів. Один із елементів принципу верховенства права втілено у статті 3 Конституції України: «Людина <...> визнаються

⁸⁸ Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу» / Ред. кол.: К. О. Ващенко, І. Б. Коліушко, В. П. Тимошук, В. А. Дерезь (відп. ред.). – К.: ФОП Москаленко О. М., 2017. – С. 60.

⁸⁹ В. М. Тертишник. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 14-е, доповн. і перероб. – К.: Правова Єдність, 2017. – 828 с.

⁹⁰ Там само. – С. 28.

⁹¹ Там само.

⁹² Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / За заг. ред. С. В. Петкова. – К.: «Центр учбової літератури», 2017. – 384 с.

в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи <...> є головним обов'язком держави»⁹³.

«У частині першій коментованої статті здійснено спробу дати визначення змісту принципу верховенства права через призму положень статті 3 Конституції України: відповідно до принципу верховенства права людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави⁹⁴. Зрозуміло, що таке визначення не відображає всього багатоманіття і проявів верховенства права, а дає лише найзагальніший орієнтир спрямованості адміністративного судочинства.

Тож в адміністративному судочинстві принцип верховенства права зобов'язує суд, зокрема, надавати закону тлумачення у спосіб, який забезпечує пріоритет прав людини при вирішенні справи. Тлумачення закону в жодному разі не може спричиняти несправедливих обмежень таких прав»⁹⁵.

58. Незвичний погляд на зміст статті 6 КАС («верховенство права») постає в іншому виданні 2017 року⁹⁶. Тут пропонується розуміти «принцип верховенства права» як таку юридичну «модель» організації одночасно «державної влади та суспільства», за якої «верховенство права царює над державою»⁹⁷. Попри брак посилання на Доповідь Венеційської Комісії 2011 р., цю «модель» представлено у вигляді «засад», що лежать в основі «діяльності органів державної влади, інших публічних і приватних суб'єктів», до яких віднесено ті *шість* «безумовних складників» *правовладдя*, що їх наведено в параграфі 41 самої Доповіді⁹⁸.

59. У найостанніших виданнях **2018 року** не спостерігається нічого істотно відмінного від того, що писали перед тим. Так, у коментарі до

⁹³ Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / За заг. ред. С. В. Петкова. – С. 13–14. [= Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. Р. О. Куйбіди. – Том 1. – С. 86. [Первинний автор коментаря – О. А. Банчук].

⁹⁴ В обох виданнях у цьому місці немає слова *зокрема*, котре є в тексті формули, що її застосовано у статтях КАС відповідного періоду.

⁹⁵ Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / За заг. ред. С. В. Петкова. – С. 14. [= Кодекс адміністративного судочинства України: науково-практичний коментар: У 2 т. / За заг. ред. Р. О. Куйбіди. – Том 1. – С. 87. [Первинний автор коментаря – О. А. Банчук].

⁹⁶ Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / За заг. ред. Журавльова Д. В. – К.: Видавничий дім «Професіонал», 2017. – 416 с.

⁹⁷ Там само. – С. 14.

⁹⁸ Там само.

Сергій Головатий

КПК⁹⁹ «верховенство права» все ще не виходить за рамки шаблону, що його встановив Конституційний Суд у рішенні № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 року («верховенство права – це панування права в суспільстві <...>» і далі за текстом)¹⁰⁰. А в коментарі¹⁰¹ до статті 10 ЦПК **дослівно** відтворено текст, що міститься у коментарі до статті 6 КАС 2017 р. щодо «царювання верховенства права над державою» як «моделі» організації «державної влади та суспільства», в основу якої покладено «засади» у вигляді *шести* «безумовних складників» *правовладдя*, що їх наведено в параграфі 41 Доповіді Венеційської Комісії 2011 р., без посилання на цей документ¹⁰². Те саме в повному обсязі (щодо «царювання верховенства права над державою») знову **дослівно** відтворено у коментарі¹⁰³ до статті 11 ГПК¹⁰⁴ та коментарі¹⁰⁵ до статті 6 КАС¹⁰⁶. Рівночасно в одному з найновіших видань цього періоду¹⁰⁷ спостерігаємо доволі своєрідну «новизну» в погляді на «принцип верховенства права»: традиційне «пріоритет прав і свобод людини і громадянина» обростає тим, що цей «пріоритет» має (на превеликий подив) «забезпечувати державна служба»¹⁰⁸.

60. Отже, від часу внормування поняття *the rule of law* на конституційному рівні шляхом термінологічного позначення його українською як «принцип верховенства права» минуло понад 20 років. Здійснений вище огляд науково-практичних коментарів показує, що між українською офіційною й науковою конституційними доктринами – з одного боку, та практикою Венеційської Комісії – з другого, є істотна розбіжність у тлумаченні змісту цього принципу. Визначальний вплив на формування такої розбіжності й дотеперішню її наявність чинить рішення Конституційного Суду № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 року. Така тривала й глибока відірваність української практики від європейської становить реальну перешкоду на шляху утвердження в Україні *правовладдя* як європейської цінності.

⁹⁹ Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Зразки процесуальних документів у кримінальному провадженні. Станом на 7 вересня 2018 року / За заг. ред. М. В. Лошицького. – К.: Видавничий дім «Професіонал», 2018. – 1280 с.

¹⁰⁰ Там само. – С. 43–45.

¹⁰¹ Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України / За заг. ред. С. О. Короеда – К.: Видавничий дім «Професіонал», 2018. – 496 с.

¹⁰² Там само. – С. 18–19.

¹⁰³ Науково-практичний коментар Господарського процесуального кодексу України. Станом на 20 січня 2018 року / За заг. ред. С. О. Короеда. – К.: Видавничий дім «Професіонал», 2018. – 400 с.

¹⁰⁴ Там само. – С. 21–22.

¹⁰⁵ Науково-практичний коментар Кодексу адміністративного судочинства України / За заг. ред. Д. В. Журавльова. – К.: Видавничий дім «Професіонал», 2018.

¹⁰⁶ Там само. – С. 14.

¹⁰⁷ Див.: Науково-практичний коментар до Закону України «Про державну службу» / [О. М. Ярошенко, В. Л. Костюк, Н. О. Мельничук та ін.]; за ред. А. О. Селіванова та М. І. Іншина. – 2-е вид., перероб. і допов. – Право, 2018. – 552 с.

¹⁰⁸ Там само. – С. 46.

Б. Зміст поняття «верховенство права» в інших наукових публікаціях (2016–2019 рр.)

61. У цьому розділі йтиметься про ті публікації (інші, ніж у науково-практичних коментарях) на означену тематику, котрі вийшли друком за останні три з лишком роки (тобто за період, відколи на основі «Доповіді про правовладдя» 2011 р. Венеційська Комісія ухвалила «Мірило правовладдя» 2016 р.). Їх розглянуто під кутом зору узгодженості розуміння цього самого предмета їхніми авторами з тим, як цей предмет тлумачить Венеційська Комісія.

62. У науковій літературі до останнього часу можна зустріти твердження про те, що зміст упередженого в статті 8 Конституції України принципу й досі «залишається найбільш дискусійним не лише в юридичній науці, а й у правозастосовній практиці»¹⁰⁹. Та навіть ще гостріше наголошується: «Треба виправляти ситуацію з нерозумінням власне змісту принципу верховенства права»¹¹⁰.

63. Один із авторів, намагаючись з'ясувати, як державному службовцеві застосовувати на практиці «принцип верховенства права», виявив, що ця справа наражається на низку суперечностей: по-перше, припис пункту 1 частини першої статті 4 Закону України «Про державну службу» містить своєрідне формальне визначення поняття «верховенство права» («верховенство права – забезпечення пріоритету прав і свобод людини і громадянина відповідно до Конституції України, що визначають зміст та спрямованість діяльності державного службовця під час виконання завдань і функцій держави»), котре є по суті відмінним від того, що містилось у частині першій тодішньої статті 8 КАС; по-друге, частина друга тодішньої статті 8 КАС передбачала, що «принцип верховенства права» має застосовуватись із урахуванням судової практики Європейського Суду з людських прав; по-третє, в Рішенні КСУ № 15-рп/2004 сказано, зокрема, що «верховенство права» вимагає від держави <...> закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо <...>

¹⁰⁹ В. М. Божко. «Верховенство права» як принцип державної служби // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина: зб. тез наук. доповідей і повідомл. IV Міжнар. наук.-практ. конф. 26 травня 2016 р., м. Полтава / редкол.: А. П. Гетьман, Ю. Г. Барабаш, Н. О. Гуророва та ін. – Х.: ТОВ «Видавництво прав людини», 2016. – С. 14.

¹¹⁰ М. І. Ставнійчук. Принцип верховенства права як засадничий принцип демократичної модернізації конституційного ладу України // Людська гідність і права людини як основа конституційного устрою держави: зб. тез Міжнар. наук.-практ. конф. «Людська гідність і права людини як основа конституційного устрою держави» (м. Хмельницький, 19–20 жовтня 2018 року). Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2018. – С. 302.

Сергій Головатий

(абзац другий підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини зазначеного Рішення); по-четверте, у тому самому рішенні КСУ сказано, що витлумачене Судом розуміння права «не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути несправедливим, у тому числі обмежувати свободу та рівність особи» (абзац третій підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини зазначеного Рішення). За таких обставин автор не бачить ясности й цілком виправдано ставить питання: то ж як повинен діяти державний службовець, коли, з одного боку, відповідно до частини другої статті 19 Конституції України він зобов'язаний діяти лише «на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України», а з іншого (якщо керуватись зазначеною юридичною позицією КСУ) – чи має державний службовець «зважати на міру втілення в законі таких цінностей, як справедливість, свобода та рівність?»; «який орган державної влади в Україні здатен оцінити закон на предмет його відповідності принципів верховенства права?»; «чи не можна буде кваліфікувати ігнорування державним службовцем “несправедливого закону” як порушення “законності”, який законодавцем також віднесено до тих принципів, на яких здійснюється державна служба?»¹¹¹.

64. У значній частині публікацій автори також ведуть мову про те, що на заваді правильному розумінню поняття «верховенство права» стоїть **неузгодженість** між позиціями, що їх дотримуються принаймні **три інституції** – 1) **Конституційний Суд України** (який дав формальне визначення поняття «верховенство права» в Рішенні № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р.), 2) **Європейський Суд з людських прав** (який «традиційно ухиляється від універсального тлумачення» цього поняття), 3) **Венеційська Комісія** (яка хоч і «не дала загальної дефініції» в своїй Доповіді 2011 р., утім, цим документом «сприяла поглибленому осмисленню зазначеного принципу»)¹¹².

65. У публікаціях цього періоду все частіше посиляються на Доповідь Венеційської Комісії 2011 р., хоча варіанти перекладу українською різні – або той, що є на офіційній вебсторінці Венеційської Комісії, або інший

¹¹¹ Там само. – С. 15–16.

¹¹² Див., зокрема: В. О. Гончар. Верховенство права як основоположний принцип правової системи України // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина: зб. тез наук. доповідей і повідомл. IV Міжнар. наук.-практ. конф. 26 травня 2016 р., м. Полтава / редкол.: А. П. Гетьман, Ю. Г. Барабаш, Н. О. Гуторова та ін. – С. 79–81.

(можливо, у власному перекладі автора)¹¹³. Дехто з авторів без причини на те називає цю Доповідь *звітом*¹¹⁴.

66. Також спостерігаємо, що продовжується практика пояснювати зміст поняття «верховенство права» на підставі того тлумачення й «формального визначення», що його надав Конституційний Суд у Рішенні № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р.¹¹⁵. Цілком суголосним такої юридичній позиції КСУ є погляд науковця на «принцип верховенства права» крізь призму «розуміння права», коли *право* розуміється «як сукупність загальних правил регулювання суспільних відносин <...>, що <...> встановлена (санкціонована) державою <...>, а також забезпечується державним примусом»¹¹⁶. Хоча можна виявити також ґрунтований на відомій юридичній позиції КСУ її розвиток [наприклад: «За своїм змістом верховенство права означає, що в суспільстві панує право, яке держава має втілювати у правотворчу та правозахисну (?! – С. Г.) діяльність, зокрема, в закони, які за змістом мають бути проникнуті ідеями соціальної справедливості, свободи рівності. Тобто право розуміється як зміст у той час, коли закон виступає його формою. <...> Таким чином, у випадку виникнення розбіжностей між цими явищами закон потрібно приводити у відповідність з правом»¹¹⁷ (*пунктуацію в тексті авторки збережено.* – С. Г.)].

¹¹³ В. І. Горбань. Проблема взаємозв'язків верховенства права з демократією і правами людини // Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди «Право». – 2017. – Вип. 26. – С. 118–119, 136; І. Є. Шевченко. Теоретико-правовий контекст принципу верховенства права // Сучасний вимір прав людини: конституційний контекст. XI Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (26–27 жовтня 2018 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – Х.: ТОВ «Видавництво “Права людини”», 2018. – С. 87; А. В. Матат. Верховенство права як конституційний принцип // Верховенство права очима правників-початківців: матеріали всеукраїнської наукової конференції (м. Одеса, 18 листопада 2017 р.) / За ред. Г. О. Ульянової; уклад.: Ю. Д. Батан, М. В. Сиротко [та ін.]. – Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2017. – С. 58–59; М. І. Ставнійчук. Зазначена праця. – С. 303; У. Б. Андрусів, С. Є. Федик. Елементи принципу юридичної визначеності // Часопис Київського університету права. – 2019. – № 1. – С. 19, 20, 21, 23.

¹¹⁴ Див., зокрема: В. К. Волошина. Верховенство права та законність як принципи кримінального провадження в розрізі практики Європейського Суду з прав людини // Часопис Київського університету права. – К.: Київський університет права НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2018. – № 3. – С. 252; В. О. Гончар. Зазначена праця. – С. 79; А. В. Матат. Зазначена праця. – С. 59.

¹¹⁵ Див., зокрема: В. В. Львов. Застосування джерел права в адміністративному судочинстві України та верховенство права // Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 14–15 вересня 2018 р. – Ужгород: Ужгородський національний університет, 2018. – С. 91; В. О. Гончар. Зазначена праця. – С. 79; М. І. Ставнійчук. Зазначена праця. – С. 300; А. В. Матат. Зазначена праця. – С. 57.

¹¹⁶ Ю. В. Ткаченко. Принцип юридичної визначеності як складова вимога верховенства права // Сучасний вимір прав людини: конституційний контекст. XI Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (26–27 жовтня 2018 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – С. 301.

¹¹⁷ М. І. Ставнійчук. Зазначена праця. – С. 301.

67. Водночас трапляється, коли погляд автора на «верховенство права» є цілком інакшим, аніж той, що його відображено у відомій юридичній позиції КСУ або в документах європейських інституцій. Так, ув одній із публікацій зокрема стверджується, що «<...> верховенство права є засобом для досягнення внутрішньої мети права і правової системи загалом – забезпечення пріоритету природних прав людини»¹¹⁸. Саме в цій праці наголошено на тому, що слід «відмежовувати принцип законності від принципу верховенства права, досліджуючи верховенство права і законність як “взаємодоповнюючі правові феномени”»¹¹⁹. На підтвердження сказаного зазначається, що «у доктрині триває дискусія щодо співвідношення принципів законності та верховенства права. Переважна більшість учасників дискусії сходиться на тому, що принцип законності є застарілим і непотрібним, як меншовартісний, повністю поглинається принципом верховенства права. Наприклад, В. Т. Нор і О. Ю. Прокопенко прямо зазначають, що принцип верховенства права має інтегральний характер і фактично увібрав у себе й інші принципи, в їх числі і принцип законності»¹²⁰. Водночас із посиланням на рішення Європейського Суду з людських прав у справі *Tolstoy-Miloslavsky v. The United Kingdom (application No. 18139/91, Judgment 23 June 1995, para 37)*¹²¹ авторка пропонує свій виклад розуміння поняття «закон» у контексті «верховенства права», з чого постає: «<...> під терміном “закон” слід розуміти як норми, встановлені писаним правом, так і правила, що сформувалися у прецедентному праві. Закон має відповідати якісним вимогам, насамперед вимогам “доступності” та “передбачуваності”»¹²². З покликанням на одне з рішень КСУ авторка зазначає, що «<...> пропорційність визнається складовою частиною верховенства права»¹²³.

¹¹⁸ В. К. Волошина. Верховенство права та законність як принципи кримінального провадження в розрізі практики Європейського Суду з прав людини // Часопис Київського університету права. – К.: Київський університет права НАН України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – 2018. – № 3. – С. 250.

¹¹⁹ У цьому місці авторка посилається на працю: Д. Л. Савенко. Верховенство права і законність в організації та діяльності прокуратури України: загальнотеоретичне дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Д. Л. Савенко. – О., 2015. – 20 с.

¹²⁰ Див.: В. К. Волошина. Зазначена праця. – С. 251. Тут авторка посилається (виноска 13) на праці: О. Ю. Прокопенко. Діяльність органів Національної поліції України як суб'єкта забезпечення правопорядку в регіоні: адміністративно-правові засади: монографія / О. Ю. Прокопенко. – Х., 2016. – С. 97; В.Т. Нор. Науково-практичний коментар до ст. 8 (верховенство права) КАК України 2012 року / В. Т. Нор / Кримінальний процесуальний коментар / за заг. ред. В. Г. Гончаренка, В. Т. Нора, М. С. Шумила. – К.: Юстініан, 2012. – С. 40.

¹²¹ Авторка посилається (виноска 11) на російський вебсайт і російський текст перекладу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://mmdc.ru/praktika_evropejskogo_suda/praktika_po_st10_evropejskoj_konvencii/evrop_practice_72/

¹²² Див.: В. К. Волошина. Зазначена праця. – С. 251.

¹²³ Там само. – С. 254. Примітка авторки: «У рішенні від 25 січня 2012 р. № 3-рп/2012 (справа № 1-11/2012) Конституційний Суд України зазначив, що одним із елементів верховенства права є принцип пропорційності».

68. При посиланні на Доповідь Венеційської Комісії 2011 р. висловлено хибні міркування, наприклад, такі: що положення цієї Доповіді буцімто суперечать висновкам Міжнародної комісії юристів (МКЮ), створеної ООН з метою розробки змісту принципу верховенства права¹²⁴; про наявність «суперечностей не тільки в теорії, а й у актах міжнародного права щодо взаємозв'язків верховенства права з правами людини»¹²⁵. Інший автор хибить, коли стверджує, що буцімто Доповідь Венеційської Комісії подає поняття «верховенство права» як «правову систему, коли життя людини, її права, її свободи, її гідність є основними у функціонуванні цієї системи»¹²⁶.

69. У контексті означеної тематики можна зустріти також інші сумнівні з наукового погляду тези на кшталт:

- «панування верховенства права в державі»¹²⁷;
- «верховенство права є базовим принципом, який відображає установлені погляди на право, його суть, фіксує правові цінності <...>»¹²⁸;
- «<...> основний постулат верховенства права – верховенство прав і свобод людини <...>»¹²⁹;
- «верховенство права є найважливішим та основним принципом у системі загальних принципів права, головний зміст якого полягає в гарантуванні та забезпеченні пріоритету панування права і справедливості в суспільстві»¹³⁰;
- є два варіанти розуміння поняття «верховенство права»: або як «верховенство права над державою», або як «верховенство права над законом», і друге є тим, що «притаманне нашій державі»¹³¹;
- «прийнято вважати, що держава є правовою, якщо в ній діє принцип верховенства права»¹³²;

¹²⁴ В. І. Горбань. Зазначена праця. – С. 119.

¹²⁵ Там само. – С. 136.

¹²⁶ М. І. Ставнійчук. Зазначена праця. – С. 303.

¹²⁷ В. О. Гончар. Верховенство права як основоположний принцип правової системи України // Правові засади гарантування та захисту прав і свобод людини і громадянина: зб. тез наук. доповідей і повідомл. IV Міжнар. наук.-практ. конф. 26 травня 2016 р., м. Полтава / редкол.: А. П. Гетьман, Ю. Г. Барабаш, Н. О. Гуророва та ін. – С. 80–81.

¹²⁸ М. І. Ставнійчук. Зазначена праця. – С. 299.

¹²⁹ Там само. – С. 301.

¹³⁰ Там само. – С. 300.

¹³¹ І. Є. Шевченко. Теоретико-правовий контекст принципу верховенства права // Сучасний вимір прав людини: конституційний контекст. XI Тодиківські читання. Збірка тез наукових доповідей і повідомлень Міжнародної наукової конференції (26–27 жовтня 2018 року) / За заг. ред. проф. А. П. Гетьмана. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. – С. 87.

¹³² Д. Г. Севрюков. Європейські традиції верховенства права // Соціологія права: науково-практичний журнал. – 2019. – № 1–2 (26–27). – С. 114.

Сергій Головатий

- «на європейському континенті свого часу утвердилась традиція отожднення верховенства права з законністю»¹³³.

70. Навіть цього річ стверджується, що «судова практика, в тому числі конституційна, не містить всебічного та послідовного тлумачення принципу верховенства права в його формально-процедурних та змістовно-ціннісних аспектах»¹³⁴ та що в Україні сприйнято не ідею *правовладдя* (*the rule of law*), а «континентальну ідеологему правової держави»¹³⁵.

71. На особну увагу заслуговує праця на означену тему одного з науковців, котрому нещодавно навіть поталанило здобути науковий ступінь кандидата юридичних наук¹³⁶. Його праця рясніє міркуваннями, що не можуть не викликати місцями гострої критики, а місцями – їх цілковитого заперечення, бо є глибоко сумнівними й не сприймаються як обґрунтовані. До таких міркувань можна віднести, зокрема, твердження автора про те, що:

- під поняттям «верховенство права» слід розуміти «панування права в суспільстві, де державна влада здійснюється в межах закону, а суд, який є незалежним від інших органів державної влади, приймає законні і справедливі рішення, де пріоритет надається правам та інтересам особи; прояв справедливості, гуманізму та добра; явище, яке породжує демократію та стає основною передумовою створення правової держави»¹³⁷;
- «у період античності <...> верховенством права наділявся народ, а вже з розвитком суспільних відносин і появою підданих та королів верховенство права стало належати королям <...>»¹³⁸;
- «у радянські часи починає стрімко розвиватися позитивне ставлення до верховенства права, виникають надії на те, що саме основні права людини і громадянина стануть пріоритетними над

¹³³ Там само.

¹³⁴ Там само. – С. 117.

¹³⁵ Там само. – С. 118.

¹³⁶ Див.: Р. О. Падалка. Верховенство права як основоположний принцип права: Автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук (12.00.01 – теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень). – К., 2017 (Ін-т законодавства Верховної Ради України). – 20 с. (Довідково за цим виданням: Падалка Роман Олегович – здобувач наукового ступеня канд. юр. наук; робота виконана на кафедрі теорії та історії держави і права Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова; захист – 30.06.2017 на засіданні спеціалізованої вченої ради Інституту законодавства Верховної Ради України; науковий керівник – Андрусішин Богдан Іванович, доктор історичних наук, декан фак-ту політології і права Нац. пед. ун-ту ім. М. П. Драгоманова; офіційні опоненти – Журавський Віталій Станіславович, д. ю. н., проф. засл. юрист України, гол. наук. співроб. Ін-ту зак-ва ВРУ, Головка Людмила Олександрівна – к. ю. н., доцент кафедри міжнар. права та порівн. правознавства, Нац. ун-т біоресурсів і природокористування України).

¹³⁷ Р. О. Падалка. Зазначена праця. – С. 4.

¹³⁸ Там само. – С. 6.

- інтересами держави, тобто людина стоятиме в центрі всіх суспільних процесів»¹³⁹;
- «практика Європейського суду [з людських прав] ґрунтується на прецедентному праві <...>, але зазначене право застосовується в Україні дуже рідко, лише як виняток із правил, тому рішення Європейського суду з прав людини майже не враховується в українській судовій практиці»¹⁴⁰;
 - в Україні «відсутні інституційні механізми забезпечення верховенства права»¹⁴¹;
 - право слід визначати як «систему загальнообв'язкових, формально визначених правил поведінки, які встановлюються, санкціонуються і охороняються державою»¹⁴²;
 - «<...> верховенство права забезпечує <...> сутнісне вираження правової держави<...>»¹⁴³.

Наведені вище твердження автора в контексті досліджуваної ним теми жодним чином не збігаються з тим, як Венеційська Комісія та Європейський Суд із людських прав тлумачать поняття *the rule of law* (правовладдя).

72. Із публікації одного з науковців, на превеликий подив, можна дізнатися про те, що «офіційне тлумачення принципу верховенства права» (відповідно до якого «верховенство права – це панування права в суспільстві <...>» і далі – за текстом) Конституційний Суд України в Рішенні № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р. здійснив буцімто «на виконання рекомендації» Венеційської Комісії¹⁴⁴ (чого насправді ніколи не було – такої рекомендації Венеційська Комісія вітчизняному органу конституційної юрисдикції ніколи не давала).

73. Урешті-решт, не можна залишити поза увагою досить своєрідне явище, що його можна спостерігати останніми роками: подекуди в наукових колах просто заведено моду на поняття «верховенство права», що засвідчує якесь споживацьке ставлення до нього – інакше не скажеш.

74. Як приклад, 2017 та 2018 років на базі юридичного факультету Ужгородського національного університету проведено дві наукові конференції за єдиною назвою: «Верховенство права та правова держава».

¹³⁹ Там само.

¹⁴⁰ Там само. – С. 9.

¹⁴¹ Там само. – С. 9, 15.

¹⁴² Там само. – С. 12.

¹⁴³ Там само. – С. 13.

¹⁴⁴ В. В. Ільков. Зазначена праця. – С. 91.

Сергій Головатий

За їхніми наслідками видано відповідні публікації, де в одній представлено авторських 56 робіт (як стислий виклад доповідей і повідомлень)¹⁴⁵, а в другій – 48¹⁴⁶. Огляд усіх публікацій, яких сукупно понад 100, достеменно вказує на те, що ні за назвами, ні за змістом вони не лише прямо не стосуються поняття «верховенство права», а й здебільшого взагалі не дотичні до нього (за приклад слугують обрані кандидатами або докторами юридичних наук бодай такі теми: інформатизація юридичної відповідальності за злочини проти природи в кримінальних кодексах радянської України¹⁴⁷; кількісні характеристики Кримінального кодексу УРСР 1922 р.¹⁴⁸; термінологічні питання державно-церковних відносин¹⁴⁹; особливості військово-прокурорського нагляду в Російській імперії по військово-судовій реформі 1867 року¹⁵⁰; юридична природа спортивного контракту¹⁵¹). З-поміж усього загалу представлених робіт винятком є лише одна¹⁵², а в решті – не знайти жодного випадку, коли б автор (автори) хоч раз застосував би поняття «верховенство права». То про що ж тоді мова? Чим виправдано занесення поняття «верховенство права» до назви цих двох конференцій?

75. Не кращою в цьому аспекті постає практика національного університету «Одеська юридична академія», де так само заведено проводити наукові конференції за темою «верховенство права». Так, з опублікованих матеріалів однієї з них, проведеної 2017 року¹⁵³, постає така картина: із 226 доповідей лише дві за назвою та змістом безпосередньо сто-

¹⁴⁵ Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 15–16 вересня 2017 р. – Ужгород: Ужгородський національний університет, 2017. – 204 с.

¹⁴⁶ Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 14–15 вересня 2018 р. – 172 с.

¹⁴⁷ А. Ю. Бойчук. Правова інформатизація юридичної відповідальності за злочини проти природи в кримінальних кодексах радянської України // Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 15–16 вересня 2017 р. – С. 8–11.

¹⁴⁸ Б. В. Кіндюк. Кількісні характеристики Кримінального кодексу УРСР 1922 р. // Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 15–16 вересня 2017 р. – С. 11–14.

¹⁴⁹ М. В. Громовчук. Державно-церковні відносини: окремі термінологічні питання // Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 15–16 вересня 2017 р. – С. 27–29.

¹⁵⁰ В. П. Горбачев. Особенности военно-прокурорского надзора за избранием мер пресечения в Российской империи после военно-судебной реформы 1867 года // Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 14–15 вересня 2018 р. – С. 11–14.

¹⁵¹ О. С. Омельчук. До питання визначення правової природи спортивного контракту // Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 14–15 вересня 2018 р. – Ужгород: Ужгородський національний університет, 2018. – С. 66–68.

¹⁵² В. В. Львов. Застосування джерел права в адміністративному судочинстві України та верховенство права // Верховенство права та правова держава: Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Ужгород, 14–15 вересня 2018 р. – С. 89–92.

¹⁵³ Верховенство права очима правників-початківців: матеріали всеукраїнської наукової конференції (м. Одеса, 18 листопада 2017 р.) / за ред. Г. О. Ульянової; уклад.: Ю. Д. Батан, М. В. Сиротко [та ін.]. – 640 с.

суються питання, якому присвячено конференцію¹⁵⁴; решта ж, подібно до практики Ужгородського національного університету, геть його не стосуються (найяскравішими прикладами тем у цьому випадку є такі: управління відходами на судах¹⁵⁵; кримінологічний аналіз стану злочинності в Україні¹⁵⁶; стартапи по-українськи¹⁵⁷; працевлаштування молоді¹⁵⁸; реформування законодавства про відходи¹⁵⁹; браконьєрство¹⁶⁰; брендобудівництво в Новій Зеландії¹⁶¹).

76. Наведені приклади практики двох національних університетів промовисто засвідчують безвідповідальне ставлення професорсько-викладацького складу їх правничих підрозділів до освітньої та наукової ділянок та зайвий раз загострюють увагу на питанні якості правничої освіти в Україні.

VI. Висновок

77. Потреба нового погляду на відповідність українського перекладу тексту Доповіді Венеційської Комісії «Про правовладдя» (2011 р.) текстові цього документа мовою оригіналу (англійською) спонукала дослідити загалом теперішній стан вітчизняного законодавства та його офіційних і наукових тлумачень ув аспекті, який окреслює формула конституційного припису: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права» (частина перша статі 8 Конституції України). Спостереження за тим, як цю формулу, закарбовану 1996 року в Зasadничому Законі України, далі втілювали у вислідах своєї діяльності різні чинники: національний законодавець, вітчизняний орган конституційної юрисдикції та українська правнича наукова спільнота, дають підстави виснувати: досі, на жаль, належного результату не досягнуто. На нашу думку, першопричина такого кепського стану криється в несполучності двох підходів до розуміння й пояснювання донедавна стороннього нашій культурі явища, яке світ пізнає, розуміє та знає через англійське *the rule of law* як ідіому.

¹⁵⁴ Ю. Д. Батан. Підзвітність – складова верховенства права та запобіжник порушень прав людини // Верховенство права очима правників-початківців: матеріали всеукраїнської наукової конференції (м. Одеса, 18 листопада 2017 р.) / за ред. Г. О. Ульянової; уклад.: Ю. Д. Батан, М. В. Сиротко [та ін.]. – С. 24–28; А. В. Матат. Верховенство права як конституційний принцип // Там само. – С. 57–60.

¹⁵⁵ І. В. Леусенко. Деякі аспекти управління відходами на судах // Там само. – С. 154–157.

¹⁵⁶ О. В. Біганська. Кримінологічний аналіз стану злочинності в Україні // Там само. – С. 198–200.

¹⁵⁷ І. С. Саолінська, М. Б. Тавакалян. Стартапи по-українськи // Там само. – С. 390–391.

¹⁵⁸ Н. А. Ярмолюк, Д. В. Захарук. Проблеми та перспективи працевлаштування молоді в Україні // Там само. – С. 499–501.

¹⁵⁹ К. В. Мисенко. Особливості реформування законодавства про відходи // Там само. – С. 540–542.

¹⁶⁰ С. І. Шельгоріна. Проблема браконьєрства в Україні: сучасний стан та шляхи вирішення // Там само. – С. 569–571.

¹⁶¹ О. В. Костинюк, О. О. Бужилова. Досвід брендобудівництва Нової Зеландії: уроки для України // Там само. – С. 586–588.

Сергій Головатий

Очевидним є те, що запроваджене українською «*верховенство права*» (як автор цих рядків позначив на початку 90-х років минулого сторіччя й уважав тоді українськомовним відповідником англійського *the rule of law*) так і не стало повноцінним замінником англійського вислову, а виявилось його сурогатом.

Українському відповідникові «*верховенство права*» не судилося стати ідіомою. І через це воно й досі НЕ ПРАЦЮЄ.

Під цим «не працює» маємо на увазі не **принципи, інститути та процедури**, котрі є **визначальними для захисту людини від свавілля держави**. Тут ідеться про двослівну лінгвістичну конструкцію, що своєю недосконалістю дала змогу зародитися тому підходові до розуміння й тлумачення зазначеного явища в рамках вітчизняної практики, що (тобто підхід) виказує свій розрив із європейським. З огляду на це треба відповісти на запитання: а чи можна сподіватися, що український вислів «*верховенство права*» все-таки ЗАПРАЦЮЄ?

Автор цих рядків (що свого часу став і автором українського «*верховенство права*») має поважні сумніви щодо перспективи позитивної відповіді.

78. Хоча не можна твердити, що головною перешкодою сприймати українське поняття (*утямок*¹⁶²) «*верховенство права*» цілком відповідно до первісно викладеного в нього правдивого змісту доконечно виступає *двослівний* характер його позначення, однак у цьому його понятті далекі таїться приреченість на невдачу. Річ у тім, що слово «*право*» у родовому відмінку, коли сполучене зі словом «*верховенство*», передовсім і конче спричиняє розуміння, що йдеться про певне явище (що його позначено словом «*право*») і власне це явище є *верховне* (тобто посідає *верховне* чи ж *панівне становище* відносно кого-, чого-небудь) або має *переважний вплив* (на когось, щось). Звідси й формула з рішення Конституційного Суду України («*верховенство права* – це панування права в суспільстві») або інші – з розвідок, що були предметом досліджування: одна, близька до щойно наведеної формули («в суспільстві панує право») і друга – вза-

www.pravoua.com.ua

¹⁶² Останнім часом у літературі порушили питання про повернення до застосування терміна *утямок* замість терміна *поняття* на позначку одиниці думки, вважаючи, що слово *утямок* цілком відповідає усім вимогам національних стандартів і духові української мови. Докладніше про обґрунтування невмотивованості українського терміна «поняття» на позначку одиниці думки та пропозиції вживати замість нього цілком умотивований, давно оприлюднений, але зрепресований під час лінгвоциду термін «утямок» див.: Моргунок В. С. Думки про невмотивованість українського терміна «поняття» на позначку одиниці // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». – 2012. – № 733: Проблеми української термінології. – С. 29–33.

галі нісенітна («царювання верховенства права над державою»). Коли на це нашаровується ще й стереотипне визначення поняття «право», що його (визначення) сформулював наприкінці 30-х років ХХ ст. до того ж сталінський прокурор Андрій Вишинський (на кшталт: «право – це система загальнообов’язкових, формально визначених правил поведінки, що їх устанавлює, санкціює та охороняє держава»), то неважко уявити всю якість і сутність саме того, що власне «панує», «царює» – так би мовити «верховенствує» (а державні закони – як його частина – до того ж мають бути «проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості», згідно з рішенням КСУ № 15-рп/2004).

До сказаного слід додати ще один ваговитий аргумент, семантичний: англійське слово *rule* не означає *верховенство* (для цього випадку найбільш слушний український переклад англійського – *владарювання* (*правління*), а точним перекладом українського *верховенство* англійською є *supremacy*). Отже, і семантично англійському *the rule (of law)* українське *верховенство* (права) не відповідає. Тож цілком штучним постає підхід до розуміння й пояснювання поняття *the rule of law* в теперішній українській практиці.

79. Між іншим, російська практика навіть після розпаду СРСР упродовж майже двох десятиріч затято стояла на тій позиції, що *the rule of law* – це *верховенство закону*, бо, мовляв, саме таке розуміння «отвечает российской национальной традиции». І лише під тиском Парламентської Асамблеї Ради Європи¹⁶³ в Росії запровадили поняття «верховенство права» як еквівалент англійського *the rule of law*. Проте таке вимушене замінення аж ніяк не наблизило російської правничої науки до розуміння поняття *the rule of law* за європейським стандартом. Про це свідчать нинішні погляди провідних російських науковців, які, зокрема, пишуть, що «верховенство права» – це про «доминирующую роль права в обществе», це коли «право верховно по отношению к государству», а «верховенство права по отношению к государству – решающий элемент понятия правового государства»¹⁶⁴. Це, властиво, коли йдеться окремо про *право* й окремо про «одно из его решающих качеств – верховенство»¹⁶⁵.

¹⁶³ В ухваленій 23 листопада 2007 р. резолюції ПАРЕ 1594 (2007) «The principle of the rule of law» зазначено, що англійське «rule of law» треба перекладати російською як «верховенство права», а не «верховенство закона» (пункт 4).

¹⁶⁴ Див.: В. Е. Чиркин. Верховенство права в правовом государстве: терминология и содержание // Российский журнал правовых исследований. – 2016. – № 4(9). – С. 10.

¹⁶⁵ Там само. – С. 13.

80. Підхід же до цього питання з боку правничої теоретичної думки та практичного досвіду Заходу засвідчує, що англійське *the rule of law* – як це впливає з усіх доктринальних і нормативних джерел (тобто із самої концепції, що її витворив Альберт Дайсі, з рішень Страсбурзького Суду, з обох документів Венеційської Комісії щодо цього тощо) – є ідіома, яка жодною мірою не вказує на те, що тут ідеться про *панівне* становище *права щодо* когось (чогось) або про ієрархічне вивищення *права над* кимось (чимось). На відміну від українських двослівних сполук *верховенство права* й *панування права*, які є розкладними (тобто такими, в яких окремі слова мають самостійні значення й ці значення вкупі формують загальну семантику словосполуки), англійське *the rule of law* – це ідіоматична сполука, яка є синтаксично цілісною (нерозкладною), виражає єдине поняття й може семантично дорівнювати одному слову. З огляду на це, гадаємо, наш новотвір *правовладдя* міг би правити за вельми доречний відповідник англійського *the rule of law*. Саме це слово, на нашу думку, найточніше й найстисліше відтворює сутність англійського *the rule of law*: **правовладдя** – це про **доктрини, принципи, інститути й процедури, що є вкрай важливими для захисту людини від свавілля держави та що управнюють особою на людську гідність**. Якраз у такому естві багато віків тому воно постало як ідея, а вже в сучасному світі, зокрема в європейському, утвердилося як ідеал, цінність і принцип.

81. Отже, допоки в розглянутому питанні українська правнича наука не пристане на європейський підхід (що його відбито, зокрема, і в Доповіді Венеційської комісії «Про правовладдя» 2011 р.), а українська правнича практика не запровадить у життя базованих на такому підході європейських стандартів, годі вести мову про гідну перспективу дієвості припису частини першої статті 8 Конституції України, що його виражено формулою: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права».

22 грудня 2019 року

I. Верховенство права як конституційна цінність та підвалина справжнього народовладдя

DOI: 10.33498/Юсп-2019-11-083



Микола Козюбра

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений юрист України,
професор кафедри загальнотеоретичного
правознавства та публічного права
Національного університету “Києво-Могилянська академія”
(Київ, Україна)
koziubra@ukma.edu.ua

УДК 342.31

ВЗАЄМОЗВ’ЯЗКИ МІЖ НАРОДОВЛАДДЯМ, ПАРЛАМЕНТАРИЗМОМ ТА ВЕРХОВЕНСТВОМ ПРАВА: ЄВРОПЕЙСЬКІ СТАНДАРТИ І СУЧАСНІ УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ

АНОТАЦІЯ. На основі аналізу сучасної вітчизняної конституційної та законодавчої практики й зарубіжного досвіду розкриті нерозривні взаємозв’язки між народовладдям, народним суверенітетом і такими спорідненими з ними поняттями, як державна влада, парламентаризм та верховенство права. У цьому контексті піддані критичній оцінці законопроекти нової української влади щодо внесення змін до Конституції України. Спираючись на європейські й міжнародні стандарти та практику конституційного регулювання взаємозв’язків народовладдя і парламентаризму в зарубіжних країнах, автор обґрунтовує невідповідність (неузгодженість) низки запропонованих новою владою змін до Основного Закону України принципу верховенства права, зокрема таким його фундаментальним складовим, як вимоги збалансованості безпосередньої і представницької демократії та юридичної визначеності.

Відстоюється думка про те, що народ як носій суверенітету і єдине джерело влади в Україні підпорядкований принципу верховенства права і будь-яке його рішення має прийматися у суворій відповідності з його вимогами, зокрема принципами і нормами Конституції України.

У зв’язку з цим спеціальна увага приділяється необхідності професійно-зваженого і відповідального ставлення до внесення змін до Основного Закону України. Не заперечуючи певних вад його тексту та можливості (доцільності) їх усунення, водночас акцентується увага на тому, що Конституція України акумулює всі основні цінності конституціоналізму, нагромаджені за багатовіковий період його розвитку. Тому намагання кожної нової влади підлаштувати її текст під власне бачення є нічим іншим як проявами, з одного боку, конституційного ідеалізму, тобто схильності до приписування конституційним нововведенням здатності радикально змінювати ситуацію в країні безвідносно до готовності суспільства загалом та особ-

© Микола Козюбра, 2019

Микола Козюбра

ливо політичних еліт до таких змін, а з другого – традиційного, на жаль, для них конституційного нігілізму – неповажного ставлення до права, закону й Конституції України.

Незважаючи на, здавалося б, їх різновекторну спрямованість, – це сторони “однієї медалі” – дефіциту політичної і правової культури, деформованої правосвідомості і непрофесіоналізму, який часом межує з дилетантством.

Ключові слова: народний суверенітет; представницька демократія; збалансованість форм демократії; правова визначеність; конституційний ідеалізм; конституційний нігілізм; професіоналізм; популізм.

Народовладдя, парламентаризм, верховенство права – слова чи не найпопулярніші в сучасному світі. Ними широко оперують не тільки політики, а й представники більшості галузей соціально-гуманітарного знання: філософи, соціологи, політологи, правознавці. Поняття “народовладдя”, “народний суверенітет” давно стали одними з визначальних підвалин конституціоналізму, уявити який без них сьогодні неможливо. Воля народу – це єдине джерело влади, основа її легітимізації, яка, зі свого боку, має здійснюватися у правовий спосіб.

Здавалося б, це аксіоми, які міцно увійшли у повсякденний обіг і головне завдання як політиків, так і науковців полягає у тому, щоб правильно їх розуміти і використовувати. Проте, як свідчить історичний досвід, зокрема вітчизняний, саме у практичному застосуванні цих понять виникає найбільше проблем як прикладного, так і теоретичного характеру.

При цьому особливо помітними ці проблеми стають тоді, коли поняття “народовладдя”, “народний суверенітет”, “воля народу” застосовуються не автономно, а у взаємозв’язку з такими спорідненими поняттями, як “державна влада”, “парламентаризм” і “верховенство права”.

За всього беззаперечного значення цих понять у житті сучасного демократичного суспільства, їх не варто абсолютизувати, як це інколи трапляється у науковій літературі та особливо часто серед політиків, зокрема й політиків нової генерації, які уособлюють нинішню українську владу.

Надмірне їх перебільшення створює ілюзію різкого розмежування влади народу і державної влади, їхнього дуалізму. Його логічним наслідком є інтерпретація закріпленого в ч. 1 ст. 5 Основного Закону України¹ положення про те, що народ може здійснювати (“здійснює” за текстом названої статті) владу безпосередньо (подібні положення містяться у конституціях багатьох країн) як якоїсь окремої влади, що реалізується виключно самим народом, тобто поза органами державної вла-

¹ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 15.09.2019).

ди, без їхньої участі, і навіть за межами правил і процедур, визначених Конституцією. Як слушно зазначали німецькі правознавці Й. Ізензее і П. Кірххоф, народовладдя, взяте незалежно від держави, це не що інше як витвір фантазії, який можливий лише як 'теоретична конструкція народу без держави'².

Одним із найяскравіших прикладів подібної конструкції є поширені серед значної частини вітчизняного політичного істеблішменту уявлення про таку форму безпосередньої демократії, як загальнонаціональний (всеукраїнський) референдум. "Народовладдя – через референдуми" – проголошено, зокрема, у передвиборчій програмі нового Президента України В. Зеленського³. Відповідно до Конституції України референдум доволі часто подається як 'найвищий безпосередній вияв народовладдя', який може здійснюватись як за народною ініціативою (ч. 2 ст. 72), так і за призначенням Верховної Ради (п. 2 ч. 1 ст. 156) або Президента України (п. 6 ч. 1 ст. 106, ст. 156). При цьому на референдум, згідно з такими уявленнями, можуть бути винесені будь-які питання, окрім тих, щодо яких референдум не допускається (ст. 74), без їх попереднього обговорення представницькими органами державної влади, зокрема парламентом.

Переконливим підтвердженням подібних гіперболізованих уявлень про безпосереднє народовладдя може слугувати Закон України "Про всеукраїнський референдум" (далі – Закон), який, зрештою, після тривалого зволікання, був визнаний Конституційним Судом України (далі – КСУ) неконституційним⁴.

Незважаючи на те, що Європейська Комісія "За демократію через право" (Венеційська Комісія) у декількох своїх висновках, зокрема щодо законопроектів, підготовлених в Україні, спираючись на історичний досвід, задовго до прийняття цього Закону наголошувала на тому, що зловживання референдумами 'є слизькою стежкою': 'будь-яке розширення положень про проведення референдуму потребує особливої уваги' й 'особливого підходу', оскільки воно 'може бути небезпечним і таким, що підриває звичайне функціонування представницької демократії'⁵, у Законі проігноровані ці застереження авторитетної європейської інституції. Він був прийнятий без її попереднього висновку⁶ й орієнтований

² Й. Ізензее і П. Кірххоф, *Государственное право Германии, т 1* (пер с нем, Ин-т гос-ва и права РАН 1994) 48.

³ 'Передвиборча програма кандидата на пост Президента України Володимира Зеленського' <<http://files.ze2019.com/assets/program.pdf>> (дата звернення: 15.09.2019).

⁴ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. Книга 16: 2018 (Шевчук С відп ред, Ін Юре 2019) 355-72.

⁵ Opinion on the Draft Law of Ukraine amending the Constitution presented by the President of Ukraine adopted by the Venice Commission at its 79th Plenary Session (Venice, 12-13 June 2009) CDL-AD(2009)024-e <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2009\)024-e&lang=EN](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2009)024-e&lang=EN)>.

⁶ Висновок щодо Закону № 5475 "Про всеукраїнський референдум" був ухвалений Венеційською Комісією лише 14–15 червня 2013 р., тобто тоді, коли Закон набрав чинності. У Висновку, зокрема, зазначалося, що деякі положення Закону 'виходять за межі встановленої конституційної норми

переважно на прийнятті відповідних законопроектів, зокрема тих, що стосуються внесення змін до Конституції України, в обхід Верховної Ради України, що прямо суперечить розділу XIII Основного Закону України, на чому аргументовано акцентував КСУ.

Незважаючи на те, що рішення КСУ ґрунтувалося переважно на порушенні передбаченої Конституцією України процедури при розгляді й ухваленні Закону, а не на аналізі його змісту, в мотивувальній частині рішення КСУ наголосив на доволі важливих моментах, що мають принципове значення для з'ясування співвідношення верховенства права, безпосередньої та представницької демократії. Він зазначив, що «народ, маючи суверенну прерогативу щодо здійснення установчої влади (зокрема прийняття Конституції. – М. К.), водночас перебуває у визначених Конституцією межах щодо порядку її здійснення»⁷. І хоча деякі судді КСУ висловили свою незгоду з цим положенням у своїх окремих думках, вважаючи, що право народу визначати і змінювати конституційний лад в Україні (ст. 5 Конституції України) не підлягає обмеженню будь-яким легітимним способом, а тому норми Конституції можуть бути реалізовані народом щодо здійснення своїх прав безпосередньо, тобто без участі представницьких органів, а отже, й без дотримання передбаченої Конституцією України процедури⁸, позиція КСУ у цьому аспекті, на нашу думку, є цілком обґрунтованою. Вона побудована на тому, що, по-перше, через референдум народ здійснює не якусь відокремлену від держави владу, а верховну, установчу державну владу. По-друге, він реалізує її не як абстрактна сукупність людей, а через громадян, які мають право голосу. По-третє, влада здійснюється народом у спосіб, формах і межах, визначених Конституцією України. Така позиція КСУ співзвучна з висловленою ще у ХІХ ст. німецьким юристом і політичним діячем, автором книги «Правова держава» О. Бером думкою, що суверен підпорядкований праву⁹. Її актуальність для сьогодення підтверджується Кодексом належної практики щодо референдумів (далі – Кодекс), ухваленим Радою з демократичних виборів на 19-му засіданні (Венеція, 16 грудня 2006 р.) та Венеційською Комісією на 70-й пленарній сесії (Венеція,

та можуть мати наслідком політично мотивовані маніпуляції таким референдумом, а особливо стосовно змін Конституції в спосіб не передбачений її текстом». Далі у Висновку наголошується, що «уможливлення референдуму за народною ініціативою щодо нової Конституції або внесення конституційних змін <...> дозволить обійти вимогу щодо голосування кваліфікованою більшістю у Верховній Раді. На глибоке переконання Венеційської Комісії, це було б згубним для конституційної стабільності та легітимності в Україні». Див.: Висновок щодо Закону України «Про всеукраїнський референдум» прийнятий Радою з демократичних виборів на її 45 засіданні (Венеція, 13 червня 2013 р.) та Венеційською Комісією на її 95-й Пленарній сесії (Венеція, 14-15 червня 2013 р.) пункти 16, 28 <<http://pravo.org.ua/img/books/files/1481814252r.pdf>> (дата звернення: 15.09.2019).

⁷ Конституційний Суд України. Рішення. Висновки. 2018. Книга 16 (н 4) 364.

⁸ Там само 377-8, 383-4.

⁹ О Бähr, *Der Rechtsstaat: Einepublicistische Skizze* (1864) 12.

16–17 березня 2007 р.) на основі доповідей членів комісії П. ван Дейка (Нідерланди), Ф. Дюшера (Андорра), Дж. Малінверні (Швейцарія). У розділі III Кодексу “Спеціальні вимоги”, а також у Пояснювальній доповіді до нього, прийнятій названими органами у той самий період, зазначається, що до референдумів, як і до будь-якої іншої сфери, застосовується принцип верховенства права, який є однією з трьох опор ради Європи разом із демократією та правами людини. Принцип суверенітету народу дає змогу народу приймати рішення лише відповідно до права. Застосування референдумів повинно бути дозволеним тільки тоді, коли це передбачено конституцією або законом відповідно до конституції і при цьому повинні бути дотримані процедурні норми референдуму¹⁰. У зв’язку з цим слід погодитися з висновком сучасної німецької дослідниці принципів правової держави К. Соботи про те, що ‘право більш суверенне, ніж суверен’¹¹, якщо, звісно, не ототожнювати право з законом, що впливає як з Основного Закону Федеративної Республіки Німеччина (ст. 20), так і з низки рішень Федеративного Конституційного Суду Німеччини.

Політичні настрої щодо нічим не обмеженого суверенітету народу на тлі нібито скомпрометованої Верховної Ради України нав’язні, очевидно, переконливою перемогою нового Президента України на нещодавніх президентських виборах (73 % голосів тих, хто взяв участь у виборах) та здобуттям монобільшості в Парламенті його партією на дострокових парламентських виборах, останнім часом в Україні помітно посилюються. Про це свідчать не лише окремі висловлювання провідних політиків “з новим обличчям”, а й деякі ініціативи нової влади щодо внесення змін до Конституції України, зокрема законопроекти “Про внесення змін до ст. 93 Конституції України (щодо законодавчої ініціативи народу)” (№ 1015), “Про внесення змін до статей 76 та 77 Конституції України (щодо зменшення конституційного складу Верховної Ради України та закріплення пропорційної виборчої системи)” (№ 1017) та ін.

Не заперечуючи проти того, що вирішення питань про народні законодавчі ініціативи та їхню обов’язковість, як і про кількість депутатів парламенту, є політичним вибором кожної країни, на чому, знову-таки, наголошувала у своїх висновках Венеційська Комісія, водночас не слід ігнорувати європейський та світовий досвід їхнього розв’язання.

Вітчизняні політики, політологи, а іноді й юристи, обґрунтовуючи доцільність розширення форм безпосередньої демократії в Україні, час-то посилаються на досвід Швейцарії. Дійсно, її можна вважати взірцем

¹⁰ *Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права: матеріали Венеційської Комісії, Парламентської Асамблеї, Комітету Міністрів, Конгресу місцевих і регіональних влад Ради Європи* (пер з англ, Логос 2009) 284-5.

¹¹ К Собота, *Принцип правової держави* (пер з нім, Ваіте 2013) 393.

безпосереднього народовладдя на європейському континенті. Швейцарія посідає перше місце за кількістю проведених референдумів, які, щоправда, відбуваються переважно на рівні кантонів, доволі успішно функціонують у ній інші форми безпосередньої демократії, зокрема інститут народної законодавчої ініціативи, спрямований як на повний, так і на частковий перегляд конституції. Проте жодна з цих форм безпосередньої демократії не абсолютизується. Принцип поєднання безпосередньої та представницької демократії здійснюється у Швейцарії неухильно та послідовно. Без участі парламенту – Федеральних зборів – реалізація жодної народної законодавчої ініціативи неможлива.

Так, відповідно до ст. 139 Конституції Швейцарії народна законодавча ініціатива щодо внесення змін до неї може бути визнана Федеральними зборами повністю або частково недійсною, якщо вона не дотримується єдності форми та змісту чи суперечить нормам міжнародного права. У разі, якщо Федеральні збори схвалюють народну ініціативу, вони готують законопроект та виносять його на голосування країни та кантонів. Якщо ж Федеральні збори відхиляють народну законодавчу ініціативу, то виносять це рішення на всенародне голосування, яке вирішує його подальшу долю. У разі прийняття народом позитивного рішення вони розробляють законопроект відповідно до вимог народної законодавчої ініціативи. Якщо ж народна ініціатива пропонує власний законопроект, з яким Федеральні збори не згодні, вони можуть поставити на всенародне голосування свій альтернативний проект.

Як видно з викладеного, одна з фундаментальних вимог верховенства права – принцип пропорційності – у Конституції Швейцарії не зводиться до класичного збалансування публічних інтересів та інтересів окремих індивідів у разі виникнення соціально необхідних і допустимих у демократичному суспільстві потреб в обмеженні прав і свобод людини (хоча у швейцарському Основному законі є формулювання, які заслуговують на увагу, ба більше, рецепцію при внесенні змін до Конституції України), а поширюється на багато інших відносин, зокрема й на відносини збалансованості безпосередньої та представницької форм демократії. Це цілком відповідає сучасним європейським і міжнародним стандартам, відповідно до яких використання безпосередньої демократії ізольовано від представницької (в обхід парламенту) вважається недемократичним шляхом¹².

У контексті надмірного захоплення безпосередніми формами демократії завдяки зниженню ролі парламентаризму в житті українського суспільства й ухваленні суспільно важливих рішень слід, на нашу дум-

¹² Див.: Європейський демократичний доробок у галузі виборчого права (н 10) 278-9, 288.

ку, розглядати також законопроект про скорочення кількості народних депутатів України з 450 до 300. При встановленні передбаченого Конституцією України кількісного складу Верховної Ради України розробники її проєктів (у складі яких був автор цих рядків) брали до уваги існуючий у європейських та інших країнах принцип пропорційного співвідношення (кореляції) кількості народних депутатів парламенту до кількості населення країни (приблизно один депутат на 100 тис. населення). На той час (1991–1996 рр.) така пропорція була загалом дотримана, хоча порівняно з іншими постсоціалістичними європейськими країнами (наприклад, Польщею, Чехією, Румунією, Болгарією) навіть тоді виглядала дещо заниженою.

Один з основних аргументів нинішнього керівництва країни на користь необхідності скорочення кількості народних депутатів полягає у тому, що за час після прийняття Конституції України кількість населення значно зменшилася. Не піддаючи сумніву цього тривожного для країни демографічного факту, слід зауважити, що таке зменшення все ж, очевидно, не корелює з пропонованим різким скороченням кількості народних обранців. Тим більше сумнівів для цього виникає у зв'язку з тим, що черговий перепис населення після тривалої перерви лише планується. Чи не станеться так, що після його завершення пропорційне співвідношення кількості депутатів парламенту до кількості населення в Україні буде найнижчим в Європі? Зазвичай це оцінюється як ознака авторитарних тенденцій у країні.

Що стосується аргументів фінансово-економічного характеру – економії державних (бюджетних) коштів, то вони для розвитку парламентаризму в Україні також виглядають надто вразливими, хоча значною частиною населення сприймаються з захопленням. Логіка у цих людей банально проста: чим менше депутатів – “дармоїдів”, тим краще для платників податків. Те, що парламентаризм (навіть недосконалий, яким він сьогодні є в Україні) – це одна з найважливіших цінностей демократичного суспільства й сучасного конституціоналізму, вимірювати яку виключно матеріально-затратними категоріями неприпустимо; що зі скороченням депутатського корпусу можливості для громадян України мати своїх представників у парламенті, а отже, вирішувати нагальні для них проблеми в межах парламентської демократії та правової процедури, а не на вулиці, звужуються, для таких людей байдуже. Чи потрібно будь-якій професійній і відповідальній владі орієнтуватися на цю, хай навіть переважаючу частину населення¹³, яка мало розуміється на теорії

¹³ За результатами соціологічного опитування, на яке посилається голова Верховної Ради України Д. Розумков, скорочення чисельності депутатів нібито підтримує 92 % громадян України. Для виправдання пропонованого його ініціатори можуть посилатися не тільки на результати соціологічних

Микола Козюбра

парламентаризму, питання риторичне. На жаль, популізм завжди був і залишається одним із найнебезпечніших викликів (загроз) демократії. Як зазначає американська дослідниця цього явища Н. Урбінати у своїй праці з промовистою назвою “Спотворена демократія. Думка, істина і народ”:

Популізм перетворився із руху на форму управління державною владою, йому потрібна органічно поляризуєча ідеологія і лідер, який бажає перетворити народне незадоволення та протести на стратегію мобілізації мас заради завоювання демократичного уряду¹⁴.

Маючи тенденцію до поширення навіть у країнах з усталеними демократичними традиціями, тим на сприятливіший ґрунт популізм спирається в Україні з її доведеним до відчаю незадоволенням кланово-олігархічною системою влади, тотальною корупцією та одним із найнижчих в Європі рівнем матеріального добробуту населенням.

Утім, проблеми парламентаризму, як і більшість інших складних проблем державотворчого характеру, має вирішувати не так народ, як професіонали, на чому ще два століття тому наголошував видатний німецький філософ Г. Гегель. Це стосується як зазначених, так і деяких інших, таких же популістських законопроектів про внесення змін до Конституції України, що безпосередньо стосуються парламентаризму, ініційованих як попередньою, так і теперішньою владою – про скасування депутатської недоторканності (імунітету), яка у тому чи іншому вигляді існує практично в усіх європейських країнах і розглядається не як привілей депутата парламенту, а як одна з гарантій парламентаризму; про фактичне запровадження в Україні імперативного мандата, який

опитувань в Україні, а й на подібні приклади в окремих європейських країнах. Так, 8 жовтня 2019 р. парламент Італії ухвалив законопроект про внесення змін до Конституції Італійської Республіки, який передбачає скорочення кількості членів нижньої палати парламенту Італії (Палати депутатів) з 630 до 400 осіб, а верхньої палати (Сенату) – з 315 до 200 осіб. Загальна кількість депутатів в обох палатах має скоротитися з 945 до 600 парламентарів.

На перший погляд цей приклад виглядає переконливим. Проте за більш глибокого ознайомлення з ним не важко дійти висновку, що проведення паралелей між ним і українською ситуацією не зовсім коректне. По-перше, за чисельністю депутатського корпусу італійський парламент займає друге місце в Європі після парламенту Великої Британії. По-друге, його конституційний склад суттєво (майже на 30 %) перевищував співвідношення між депутатським корпусом парламенту і чисельністю населення, яка на початку 90-х років минулого століття становила близько 58 млн осіб. По-третє, майбутній кількісний склад парламенту Італії не порушує вказаної європейської традиції, тобто корелює з нинішньою чисельністю населення. Нарешті, по-четверте, і чи не найпоказовіше, ініціатором внесення змін до італійської Конституції щодо скорочення депутатського корпусу стала лівопопулістська партія “Рух п’яти зірок”, яка нині становить ядро правлячої коаліції в парламенті Італії. Тому оцінка її лідером голосування за законопроект як “великої перемоги італійського народу” цілком прогнозована. Гасла “воля народу” і “народовладдя”, як зазначалося, використовуються популістами не лише в Україні.

¹⁴ Н. Урбінати, *Искаженная демократия. Мнение, истина и народ* (пер с англ, Изд-во Института Гайдара 2016) 251.

взагалі несумісний із природою парламентаризму і в багатьох країнах прямо заборонений конституцією, та ін.

Як не прикро, але всі названі законопроекти не стали предметом обговорення не тільки в експертних колах відповідних інститутів громадянського суспільства, які набагато професійніше і виваженіше підходять до їхнього вирішення порівняно зі звичайними громадянами, а й навіть створеною при Президентові України Комісією з питань правової реформи, зокрема її Робочою групою з підготовки пропозицій щодо внесення змін до Конституції України, до складу якої входить також автор цієї статті.

Законопроекти про внесення змін до Основного Закону України приймалися Верховною Радою України поспіхом, без дотримання передбаченої Конституцією процедури і норм Регламенту. Особливо демонстративно й зухвало це відбувалося при ухваленні у першому та другому читаннях Закону України “Про внесення змін до ст. 80 Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України” (№ 7203). Маніпулюючи положеннями ст. 155 Конституції України, відповідно до якої

законопроект про внесення змін до Конституції України, крім розділу I “Загальні засади”, розділу III “Вибори. Референдум” і розділу XIII “Внесення змін до Конституції України”, попередньо схвалений більшістю від конституційного складу Верховної Ради України, вважається прийнятим, якщо на наступній черговій сесії Верховної Ради України за нього проголосувало не менше як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України¹⁵.

Депутати IX скликання всупереч ч. 3 ст. 82 та частинам 1 і 2 ст. 83 Конституції України штучно “створили” дві чергові сесії, перша з яких 29 серпня 2019 р. тривала один день, а друга почалася буквально через два дні. На “першій черговій сесії” названий законопроект був попередньо схвалений, а в перший же день “наступної чергової сесії” 3 вересня 2019 р. був прийнятий остаточно. Йдеться не просто про порушення конституційної процедури, що для українського парламенту стало вже звичним явищем, а про свідоме спотворення (вихолощування) сутності закладеного у ст. 155 Основного Закону України положення. Адже розведення у часі двох читань законопроектів про внесення змін до Конституції має глибокий смисл, його метою є саме попередження поспішних, невважених і безвідповідальних змін до Основного Закону, що є гарантією його передбачуваності і стабільності. Інакше кажучи, народні депутати

¹⁵ Конституція України (н 1).

повинні мати можливість не тільки ознайомитися, а й всебічно осмислити запропоновані зміни, зважити ризики, які можуть настати внаслідок таких змін та запропонувати механізми їх попередження. Це одна з головних вимог верховенства права – принципу правової визначеності.

Невипадково конституції більшості держав, зокрема й пострадянських, встановлюють доволі тривалі терміни між першими і наступними читаннями законопроектів про внесення змін до конституції, незалежно від того, прив'язані вони до чергових сесій парламенту, чи ні. Так, відповідно до ст. 163 Конституції Естонії законопроект про зміну Конституції розглядається парламентом – Державними Зборами у три читання, причому між першим і другим читанням повинна бути перерва не менше ніж три місяці, а між другим і третім – не менше одного місяця. Згідно зі ст. 148 Конституції Литви голосування щодо поправок до Конституції має проводитися у Сеймі (парламент Литовської Республіки. – М. К.) двічі. Між цими голосуваннями повинна бути не менш як тримісячна перерва.

Дотримання відповідних часових параметрів між першим і другим читанням законопроектів про внесення змін до Конституції України тим паче необхідне для вітчизняних парламентарів, переважна більшість яких стали народними депутатами вперше і не мають ні належної фахової підготовки, ні досвіду у вирішенні таких відповідальних питань, як зміна Конституції.

Складається враження, що нинішня українська влада у ставленні до Конституції України мало чим відрізняється від попередніх. Як і її попередники, вона розпочала свою діяльність із чергової “конституціонади” – намагання підлаштувати текст Основного Закону під своє, власне її бачення, створюючи для цього відповідні дорадчі органи при Президентові України, назви яких змінюються – конституційна рада, конституційна асамблея, конституційна комісія, робоча група з підготовки пропозицій щодо внесення змін до Конституції, а сутність (мета) залишається незмінною – створити видимість залучення до процесу внесення змін до Основного Закону широкого кола науковців і представників громадськості. Насправді ж, як підтверджує власний досвід участі у таких органах автора цієї статті, вони виконували і продовжують виконувати переважно “декоративну” функцію. Законопроекти про внесення змін до Конституції України готувалися (за незначними винятками) і продовжують готуватися не у вказаних дорадчих органах, а у владних кабінетах. Зауваження фахівців, незважаючи на їхню аргументованість, здебільшого не беруться до уваги.

Після внесення до Верховної Ради України низки законопроектів щодо змін до Конституції України в оточенні влади та близьких до неї

політичних колах поновилися розмови про доцільність прийняття нової Конституції. Причому, за висловлюванням деяких політичних експертів і журналістів, вона має базуватися на нових конституційних цінностях. Такі висловлювання обумовлені, на нашу думку, або непрофесіоналізмом – незнанням конституційних процесів, які відбуваються у сучасному світі, або ж тим же популізмом.

Базові цінності, на яких ґрунтуються тексти конституцій усіх сучасних демократичних держав, – це надбання багатовікової історії розвитку конституціоналізму, творчих зусиль мислителів різних часів і народів. Тому будь-яка конституція, якщо вона не є формальною, тобто такою, що виправдовує систему необмеженої і неконтрольованої влади, властивої реакційним диктаторським режимам, не може нехтувати цими цінностями. Історичний досвід переконує, що цілковите ігнорування здобутків людської цивілізації у сфері конституціоналізму неминуче призводить до ізоляції таких режимів, а зрештою – до їх політичного банкрутства.

Зважаючи на те, що сучасні конституції не тільки європейських, а й інших країн все послідовніше орієнтуються на базові цінності конституціоналізму, вони дедалі помітніше інтернаціоналізуються, можна навіть сказати, стандартизуються. Не є винятком і Конституція України.

У ній отримали закріплення всі основні цінності конституціоналізму, які сучасні відомі фахівці з конституційного права відносять до його принципів-складових¹⁶:

- визнання людини, її життя і здоров'я, честі й гідності, недоторканності і безпеки найвищою цінністю, а прав і свобод людини невідчужуваними, такими, що визначають зміст і спрямованість діяльності держави (статті 3, 21 та ін.) та їх гарантованості;
- принцип народного суверенітету (ст. 5);
- принцип представницького правління через народне волевиявлення (статті 5, 69 та ін.);
- принцип поділу влади на законодавчу, виконавчу і судову (ст. 6);
- принцип верховенства права (ст. 8);
- принцип найвищої юридичної сили Конституції України та прямої дії її норм (ст. 8);
- принцип судового конституційного контролю за дотриманням Конституції України (ст. 147 – стара редакція);
- принцип незалежності суду і суддів (ст. 126 – стара редакція);

¹⁶ L Henkin, 'A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects' (1992) 14 Cardozo Law Review 533. Див. також: П Стецюк, *Основи теорії конституції та конституціоналізму* (Астролябія 2003) 63-4.

Микола Козюбра

– принцип внесення змін до Конституції України лише на основі визначеної нею процедури (розділ XIII) та ін.¹⁷

Та й, власне, українських цінностей – незалежності України, її територіальної цілісності, української мови, традицій і культури тощо – Конституція України не обходить.

Тому цілком логічно, що текст Конституції України був позитивно оцінений Радою Європи та її структурами, зокрема Венеційською Комісією, а також зарубіжними експертами.

Це, звісно, не означає, що Основний Закон України зовсім позбавлений вад. Бездоганих, ідеальних текстів конституцій у світі не існує; не є таким також текст Конституції України. На окремих її положеннях відчувається відбиток попередньої радянської епохи, що в умовах пошуку компромісів між ідеологічно різноспрямованими, часом діаметрально протилежними політичними силами, очевидно, було неминучим; деякі конституційні формулювання вразливі з погляду юридичної техніки; інколи виникає потреба у приведенні конституційних положень у відповідність до розвитку конкретно-історичних умов функціонування суспільства, а також взятими на себе Україною міжнародними зобов'язаннями тощо. З огляду на це зміни до Конституції України не тільки можливі, а й часом необхідні. Проте вони не повинні ставати самоціллю, а їх внесення не перетворюватися у реформаторський “конституційний бум” чи перманентну “конституціонаду”.

Навіть якщо зміни до тексту Основного Закону вносяться з благородними намірами – його поліпшення, помилково вважати, що такі зміни стануть запорукою швидких позитивних змін в українському суспільстві, а тим паче панацеєю від усіх існуючих у ньому негараздів. Конституційний ідеалізм, тобто схильність до перебільшення значення певних конституційних формулювань чи нововведень, приписування їм здатності радикально змінювати ситуацію в країні, безвідносно до готовності суспільства загалом й особливо його політичних еліт до таких змін, як і традиційний, на жаль, для України правовий, зокрема конституційний, нігілізм – неповажне ставлення до права, закону й Конституції, незважаючи на їхню, здавалося б, різновекторну спрямованість, насправді є двома сторонами “однієї медалі” – дефіциту політичної і правової культури, деформованої правосвідомості й непрофесіоналізму, який інколи межує з дилетантством.

Конституція – це хоч і надзвичайно важливий, необхідний атрибут конституціоналізму, проте лише засіб для його утвердження. Конституціоналізм стає реально функціонуючим, коли цінності й положення

www.pravoua.com.ua

¹⁷ Конституція України (н 1).

Конституції послідовно та неухильно реалізуються у практичній діяльності органів публічної влади та їхніх посадових осіб, громадських об'єднань, підприємств, установ і організацій, зрештою – у поведінці громадян, тобто тоді, коли встановлюється міцний конституційний правопорядок. Саме на цьому функціональному рівні на долю українського конституціоналізму випало найбільше випробувань за роки незалежності. Їхні причини доволі різні: одні мають глибокі корені у складній, суперечливій і нерідко драматичній вітчизняній історії, другі, хоч і пов'язані з першими, обумовлені переважно сучасними суб'єктивними чинниками.

Та все ж найважливішою причиною випробувань, а часом і справжніх потрясінь вітчизняного конституціоналізму, є хронічна хвороба – правовий і, зокрема, конституційний нігілізм. Його корені в Україні доволі міцні, вони не обмежуються радянським періодом вітчизняної історії, а сягають глибини віків. Їх слід, очевидно, шукати ще в ранньому Середньовіччя, зокрема в такому явищі, як візантизм.

Однією з його характерних рис у сфері права є здатність створювати видимість сприйняття всього величного і престижного, що нагромаджено європейською цивілізацією у цій сфері (прикладом можуть бути ті самі цінності, закріплені Конституцією України), водночас відкриваючи простір владі азіатського типу з притаманними їй способами владарювання: інтригами, “підкилимною” боротьбою еліт, яка ніяк не сприяє ухваленню зважених рішень¹⁸, застосуванням методу війни проти непокірних, неправдою і фальсифікаціями. Проявів “візантизму” у сучасній вітчизняній конституційній практиці можна навести безліч – від маніпуляцій із текстом Основного Закону Верховною Радою України і КСУ, постійного порушення конституційної процедури під час розгляду й ухвалення законопроектів, до “підкилимних” торгів і домовленостей, що межують з корупцією у вищих ешелонах влади (свіжий приклад – “збирання” у Верховній Раді України 300 голосів для звільнення усіх членів Центральної виборчої комісії) і “вибіркового правосуддя”. Прикро, але цю ж “візантійську” традицію продовжує нова українська влада. Принаймні, перші її кроки дають підстави це констатувати.

Висновки. Отже, основні зусилля, спрямовані на утвердження конституціоналізму й конституційного правопорядку в Україні, мають бути зосереджені саме на неухильному виконанні Основного Закону. Для цього потрібні не декларації та продиктовані популізмом зміни до нього, а тверда державна воля, розрахована не на миттєві результати, а на

¹⁸ В Портников, ‘Професіонали ніколи не домовляться з дилетантами’ (*Espresso.TV*, 23.09.2019) <https://espresso.tv/article/2019/09/23/vitaliy_portnykov_profesionaly_nikoly_ne_domovlyatsya_z_dyletantamy> (дата звернення: 15.09.2019).

кропітку, послідовну і довготривалу роботу. І починати її необхідно з рішучого викорінення правового, зокрема й конституційного нігілізму в органах влади, підвищення рівня правової культури, професіоналізму та стилю мислення їхніх посадових осіб.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bähr, *Der Rechtsstaat: Eine publicistische Skizze* (1864) (in German).
2. Stetsiuk P, *Osnovy teorii konstytutsii ta konstytutsionalizmu [Fundamentals of the Theory of Constitution and Constitutionalism]* (Astroliabia 2003) (in Ukrainian).

Edited and translated books

3. Izenzee J i Kirhhof P, *Gosudarstvennoe pravo Germanii, m 1 [Constitutional Law of Germany]* (per s nem, In-t gos-va i prava RAN 1994) (in Russian).
4. *Konstytutsiyni Sud Ukrainy. Rishennia. Vysnovky. Knyha 16: 2018 [Constitutional Court of Ukraine. Decisions. Conclusions. Book 16: 2018]* (Shevchuk S vidp red, In Yure 2019) (in Ukrainian).
5. Sobota K, *Pryntsyp pravnoi derzhavy [Principle of the Rule of Law State]* (perekl z nim, Baite 2013) (in Ukrainian).
6. Urbinati N, *Iskazhennaja demokratija. Mnenie, istina i narod [Distorted Democracy. Opinion, Truth and the People]* (per s angl, Izd-vo Instituta Gajdara 2016) (in Russian).
7. *Yevropeyskiyi demokratychnyi dorobok u haluzi vyborchoho prava: materialy Venetsianskoi Komisii, Parlamentskoi Asamblei, Komitetu Ministriv, Konhresu mistsevykh i rehionalnykh vlad Rady Yevropy [European Democratic Experience Relating to Electoral Law: Proceedings of the Venice Commission, the Parliamentary Assembly, the Committee of Ministers, the Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe]* (per z anhl, Lohos 2009) (in Ukrainian).

Journal articles

8. Henkin L, 'A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects' (1992) 14 *Cardozo Law Review* 533 (in English).

Websites

9. 'Peredvyborcha prohrama kandydata na post Prezydenta Ukrainy Volodymyra Zelenskoho' ['Election Program of the Candidate for the President of Ukraine Volodymyr Zelenskyi'] <<http://files.ze2019.com/assets/program.pdf>> (accessed: 15.09.2019) (in Ukrainian).
10. Portnykov V, 'Profesionaly nikoly ne domovliatsia z dyletantamy' ['Professionals Will Never Agree with Dilettantes'] (*Espresso.TV*, 23.09.2019) <https://espresso.tv/article/2019/09/23/vitaliy_portnykov_profesionaly_nikoly_ne_domovlyatsya_z_dyletantamy> (accessed: 15.09.2019) (in Ukrainian).

Mykola Koziubra

INTERRELATIONSHIPS BETWEEN DEMOCRACY,
PARLIAMENTARISM AND THE RULE OF LAW:
THE EUROPEAN STANDARDS AND TODAY'S UKRAINIAN REALITIES

ABSTRACT. Based on the analysis of today's national constitutional and legislative practice and foreign experience, the article highlights the indivisible interrelationships between democracy, popular sovereignty and such related concepts as State's power, parliamentarism and the rule of law. In this context, the author makes a critical assessment of the draft laws adopted by the new Ukrainian government concerning amendments to the Constitution of Ukraine. Resting upon the European and international standards and the practice of constitutional regulation of interrelationships between democracy and parliamentarism in foreign countries, the author soundly argues that a number of amendments proposed by the new Government to the Fundamental Law of Ukraine do not comply (are inconsistent) with the rule of law principle, particularly, with such its fundamental components as requirements to the balance of direct and representative democracy and legal certainty.

It is argued that the people as the bearer of sovereignty and the only source of power in Ukraine are subject to the rule of law principle, and any of their decisions should be taken in strict accordance with its requirements, in particular, the principles and provisions of the Constitution of Ukraine.

In this regard, the author specially emphasizes the need for a professionally balanced and responsible attitude to amendments to the Fundamental Law of Ukraine. Without denying certain shortcomings of its text and the possibility (expediency) of eliminating them, the author at the same time emphasizes that the Constitution of Ukraine accumulates all of the basic values of constitutionalism built up on the centuries-old period of its development. Therefore, attempts of each new government to adjust the Constitution's text to its own vision are nothing else but manifestations, on the one hand, of constitutional idealism, i.e., an inclination to believe that constitutional innovation is able of radically changing the situation in the country regardless of the readiness to such changes on the part of society in general and political elites in particular, and on the other hand – of constitutional nihilism which is, unfortunately, traditional of them – a disrespectful attitude to law, legislation and the Constitution of Ukraine.

Despite their seemingly multi-vector orientation, these are the sides of the “same coin” – lacking political and legal culture, distorted legal consciousness and unprofessionalism which sometimes borders on dilettantism.

KEYWORDS: popular sovereignty; representative democracy; balance of democracy forms; legal certainty; constitutional idealism; constitutional nihilism; professionalism; populism.



Галина Довгань

кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри основ права України
Львівського національного університету імені Івана Франка,
старша наукова співробітниця Львівської лабораторії
прав людини та громадянина
Науково-дослідного інституту державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН України
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-2662-3076>
halyna_dovhan@o2.pl

УДК 342 (438) (061.1 ЄС)

ДОКТРИНА ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ: НАЦІОНАЛЬНИЙ АСПЕКТ (ПОЗИЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ СУДІВ ОКРЕМИХ ДЕРЖАВ – ЧЛЕНІВ ЄС)

Анотація. Сприйняття доктрини верховенства права Європейського Союзу (ЄС) у державах-членах не є однаковим. Співіснування правової системи ЄС і національної правової системи на практиці зумовлює виникнення численних правових колізій. Серед іншого, це стосується співвідношення різних правових актів ЄС та національного законодавства.

Тоді як Європейський Суд Справедливості послідовно розвиває доктрину верховенства права ЄС, конституційні та верховні суди багатьох держав – членів ЄС відстоюють верховенство конституції у національному правопорядку. Це зумовлює потенційний конфлікт між Європейським Судом Справедливості та конституційними судами.

Метою статті є аналіз позицій окремих конституційних судів держав – членів ЄС щодо сприйняття на національному рівні доктрини верховенства права ЄС. Основні положення рішень деяких конституційних судів наведено в авторському перекладі з англійської та польської мов.

Європейський Суд Справедливості дотримується моністичної концепції співвідношення права ЄС та права держав – членів ЄС. Його позиція є однозначною: абсолютний пріоритет права ЄС над усіма без винятку національними нормами для забезпечення єдності та ефективності права ЄС. Такий підхід зумовив навіть необхідність внесення змін до деяких конституцій держав – членів ЄС.

Прагнучи забезпечити верховенство конституції у національному правопорядку, все більше конституційних судів встановлюють межі дії права ЄС. У такий спосіб вони демонструють те, що у національному аспекті доктрина верховенства права ЄС має обмежений характер: право ЄС не має пріоритету щодо всіх джерел національного права. До меж дії права ЄС у національному правопорядку більшість конституційних судів відносять: права людини, компетенцію ЄС (*ultra vires review*) і конституційну ідентичність держави.

Групу національних судів, які послідовно дотримуються позиції про обмежений обсяг верховенства права ЄС, очолює Федеральний Конституційний Суд Федеративної Республіки Німеччина, який є найбільшим опонентом Європейського Суду Справедливості щодо тлумачення доктрини верховенства права ЄС.

Більшість конституційних судів, на відміну від Європейського Суду Справедливості, основу для доктрини верховенства права ЄС вбачають у положеннях національних конституцій, які дозволяють передачу частини компетенції органів державної влади на наднаціональний рівень, а не у положеннях установчих договорів ЄС.

Ключові слова: верховенство права Європейського Союзу; конституційна ідентичність; Європейський Суд Справедливості; верховенство конституції; Конституційний Трибунал Республіки Польща.

Сприйняття доктрини верховенства права Європейського Союзу (далі – ЄС) у державах-членах не є однаковим. Співіснування правової системи ЄС та національної правової системи на практиці зумовлює виникнення численних правових колізій. Серед іншого, це стосується співвідношення різних правових актів ЄС та національного законодавства.

Тоді як Європейський Суд Справедливості послідовно розвиває доктрину верховенства права ЄС, конституційні та верховні суди багатьох держав – членів ЄС відстоюють верховенство конституції у національному правопорядку. Це зумовлює потенційний конфлікт між Європейським Судом Справедливості та конституційними судами.

З огляду на положення Угоди про асоціацію між Україною з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, з іншої сторони¹, доцільним видається вивчення досвіду держав – членів ЄС, які вже напрацювали певну базу можливих розв'язань тих колізій, які виникають у кожній державі, в якій діє *acquis communautaire*.

Метою дослідження є аналіз позицій окремих конституційних судів держав – членів ЄС щодо сприйняття на національному рівні доктрини верховенства права ЄС.

Європейський Суд Справедливості дотримується моністичної концепції співвідношення права ЄС та права держав-членів ЄС. Розвиваючи у своїй практиці принцип верховенства права ЄС, він послідовно відстоює його абсолютний характер – пріоритет щодо всіх правових норм національного права. Незважаючи на те, що з моменту ухвалення ключових рішень у справах *Van Gend & Loos* та *Costa v. ENEL* минуло понад

¹ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A12007L%2FTXT>> (accessed: 11.08.2019).

Галина Довгань

50 років, утім, Європейський Суд Справедливості у своїх рішеннях продовжує наголошувати на необхідності дотримання принципу верховенства права ЄС. Наприклад, у рішенні у справі *Krzysztof Filipiak v. Dyrektor Izby Skarbowej w Poznaniu* (2009 р.) зазначено:

Згідно з усталеною судовою практикою національний суд, який повинен у межах своєї компетенції застосовувати положення права ЄС, зобов'язаний забезпечити їхню дію. У разі необхідності він із власної ініціативи повинен не застосовувати будь-яку норму національного законодавства, яка йому суперечить, навіть, якщо вона була прийнята пізніше. При цьому суду не обов'язково звертатися або очікувати на попереднє усунення таких положень у законодавчому або іншому конституційному порядку².

Відповідно, позиція Європейського Суду Справедливості є однозначною: абсолютний пріоритет права ЄС над усіма без винятку національними нормами для забезпечення єдності та ефективності права ЄС. Такий підхід зумовив навіть необхідність внесення змін до деяких конституцій держав – членів ЄС. Наприклад, у рішенні у справі *Tanja Kreil v. Germany* Європейський Суд Справедливості визнав такою, що суперечить Директиві 76/207 (про принцип рівності при працевлаштуванні жінок та чоловіків) заборону, передбачену ст. 12 Основного Закону Федеративної Республіки Німеччина (далі – ФРН) про заборону жінкам займати у німецькій армії посади, які пов'язані з використанням зброї³. Внаслідок цього до Основного Закону ФРН були внесені зміни.

Складним питанням є ситуації, в яких конституційний суд та Європейський Суд Справедливості по-різному вирішують питання застосування правових норм. Наприклад, у рішенні у справі *Filipiak* Конституційний Трибунал Польщі визнав положення закону про податок із доходів фізичних осіб такими, що порушують конституційний принцип рівності та суспільної справедливості, проте відклав момент втрати законом юридичної сили. Європейський Суд Справедливості, розглядаючи преюдиційний запит Воєводського Адміністративного Суду, нагадав, що згідно з принципом верховенства права ЄС суди повинні застосовувати право ЄС та не брати до уваги норми національного законодавства, які йому суперечать⁴. Подібна ситуація була у справі *Winner Witten*, в якій Федеральний Конституційний Суд ФРН відклав втрату юридичної сили

www.pravoua.com.ua

² *Krzysztof Filipiak przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Poznaniu*, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 19.11.2009 r., C-314/08 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&num=C-314/08>> (accessed: 11.08.2019).

³ *Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 11.01.2000 r., C-285/98 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-285/98>> (accessed: 11.08.2019).

⁴ *Krzysztof Filipiak przeciwko Dyrektorowi Izby Skarbowej w Poznaniu*, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 19.11.2009 r., C-314/08 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=pl&num=C-314/08>> (accessed: 11.08.2019).

неконституційних положень закону про державну монополію у сфері функціонування спортивних закладів. Європейський Суд Справедливості вкотре наголосив, що недопустимим є те, що норми національного законодавства, навіть норми конституції, порушували єдність та ефективність права ЄС⁵.

Прагнучи забезпечити верховенство конституції у національному правопорядку, все більше конституційних судів встановлюють межі дії права ЄС. Таким чином, вони демонструють, що у національному аспекті доктрина верховенства права ЄС має обмежений характер: право ЄС не має пріоритету щодо всіх джерел національного права.

До меж дії права ЄС у національному правопорядку більшість конституційних судів відносять: права людини, компетенцію ЄС (*ultra vires review*) та конституційну ідентичність держави.

Групу національних судів, які послідовно дотримуються позиції про обмежений обсяг верховенства права ЄС, очолює Федеральний Конституційний Суд ФРН, який є найбільшим опонентом Європейського Суду Справедливості щодо тлумачення доктрини верховенства права ЄС. Поширеною є його теза про те, що 'в умовах дії Лісабонського договору ЄС залишається союзом суверенних держав, а не федерацією. Держави-члени зберігають свою суверенність та є "господарями договорів"⁶. Цю позицію підтримує все більше конституційних і верховних судів держав – членів ЄС. Вони, на відміну від Європейського Суду Справедливості, основу для доктрини верховенства права ЄС вбачають у положеннях національних конституцій, які дозволяють передачу частини компетенції органів державної влади на наднаціональний рівень, а не у положеннях установчих договорів ЄС.

У рішенні у справі *Solange I* Федеральний Конституційний Суд ФРН зазначив, що доти, доки в ЄС не буде сформовано каталог основних прав людини, який відповідатиме переліку прав, який міститься в Основному Законі ФРН, допустимим є конституційний контроль норм права ЄС щодо відповідності їх основним правам людини, які гарантуються у ФРН⁷. Такі межі дії права ЄС були досить умовними, оскільки залежали від розвитку правової системи ЄС у сфері прав людини. Пізніше, у рішенні у справі *Wünsche Handelsgesellschaft*, відомому як *Solange II*, німецькі судді пообіцяли більше не контролювати конституційність пра-

⁵ Winner Wetten GmbH v Bürgermeisterin der Stadt Bergheim. Judgment of the Court (Grand Chamber) of the European Court of Justice of 8 September 2010, C-409/06 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-409/06>> (accessed: 11.08.2019).

⁶ Wyrok BVerfG z 30.06.2009 r., 2 BvE 2/08, NJW 2009, 2267 <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BVerfG&Datum=30.06.2009&Aktenzeichen=2%20BvE%202%2F08>> (accessed: 11.08.2019).

⁷ Internationale Handelsgesellschaft mbH przeciwko Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 17.12.1970 r., C-11/70 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>> (accessed: 11.08.2019).

вових актів ЄС, оскільки право ЄС гарантує основні права, які закріплені в Основному Законі ФРН⁸. Проте згодом німецькі судді знову продемонстрували своє небажання визнавати верховенство права ЄС. У рішенні у справі *Maastricht* було вказано, що Федеральний Конституційний Суд ФРН має право здійснювати *ultra vires* контроль джерел права ЄС, тобто чи були вони видані в межах компетенції, яка була передана державою. Було чітко вказано, що органи державної влади зобов'язані утримуватися від застосування правових актів ЄС, які суперечать німецькій конституції⁹. Таку позицію німецькі судді повторюють і в інших рішеннях.

Цікавою є позиція Конституційного Суду Італії, який загалом визнаючи принцип верховенства права ЄС, розробив доктрину контрлімітів, чітко окресливши межі дії права ЄС в Італії. Ця доктрина вперше була сформульована у рішенні у справі *Frontini*: якщо положення права ЄС вважатимуться такими, що порушують основні принципи Конституції Італії або невідчужувані права особи, то суддя має право звернутися до Конституційного Суду з клопотанням про визнання недійсними актів про ратифікацію установчих договорів ЄС¹⁰. Варто зазначити, що станом на 2018 р. Конституційний Суд Італії жодного разу не застосував цю доктрину щодо права ЄС. Але саме загроза її застосування спонукала Європейський Суд Справедливості вперше піти на поступки у трактуванні доктрини верховенства права ЄС. У рішенні у справі *Taricco* він вказав, що положення Кримінального Кодексу Італії про строки позовної давності суперечать ст. 325 Договору про функціонування ЄС, оскільки перешкоджають захисту фінансових інтересів ЄС, тому суддям слід утриматися від їхнього застосування¹¹. Конституційний Суд Італії у преюдиційному запиті у справі *M.A.S., M.B.* зазначив, що рішення Європейського Суду Справедливості у справі *Taricco* порушує як конституційну ідентичність Італії, так і права обвинувачених (тоді як італійське законодавство гарантує вищий рівень захисту їхніх прав). Італійські судді запропонували Європейському Суду Справедливості переглянути свою позицію, інакше вони застосують доктрину контрлімітів. Під загрозою виникнення відкритого конфлікту з Конституційними Судом Італії Європейський Суд Справедливості у рішенні у справі *M.A.S., M.B.* зазначив, що допускається застосування національних правил щодо порядку обчислення строків позовної давності в Італії. Європейський Суд Спра-

⁸ Wyrok BVerfGE z 22.10.1986 r., 73/339, NJW 1987, 577 <<https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechu ng?Gericht=BVerfG&Datum=22.10.1986&Aktenzeichen=2%20BvR%20197%2F83>> (accessed: 11.08.2019).

⁹ Wyrok BVerfGE 89, 155 (1993) <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv089214.html>> (accessed: 11.08.2019).

¹⁰ Judgement of Italian Constitutional Court no. 183 of 1973 (*Frontini v. Ministro delle Finanze*) <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0231>> (accessed: 11.08.2019).

¹¹ *Taricco i in.*, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 08.09.2015 r., C-105/14 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-105/14>> (accessed: 11.08.2019).

ведливості аргументував зміну свого попереднього рішення тим, що такі правила в Італії відносяться до принципу законності, який є конституційною традицією усіх держав-членів, а тому йому слід надати перевагу порівняно з необхідністю захисту фінансових інтересів ЄС¹². Отже, на основі цього рішення можна стверджувати, що відбулася очевидна зміна у підході Європейського Суду Справедливості щодо абсолютного верховенства права ЄС. Хоча, на нашу думку, рішення у справі *M.A.S., M.B.* не містить чітких вказівок для суддів, наслідком чого може бути ситуація, коли судді будуть діяти по-різному за однакових обставин. Це рішення можна охарактеризувати як “палку з двома кінцями”¹³.

У Польщі Конституційний Трибунал наголосив на непорушності принципу верховенства Конституції:

Модель європейського права створила нову ситуацію, коли одночасно функціонують автономні правові порядки. Їх взаємний вплив не може бути описаний повною мірою за допомогою традиційних концепцій монізму та дуалізму <...>. Конституція залишається найвищим правом Республіки Польща щодо всіх міжнародних договорів, які є для неї обов’язковими¹⁴.

Необхідно зазначити, що Конституційний Трибунал виділив три варіанти виходу з ситуації, коли неможливо вирішити колізію між правом ЄС та Конституцією за допомогою “прихильного для права ЄС” тлумачення. Це зміна Конституції, зміна правового регулювання на рівні ЄС та прийняття рішення про вихід із ЄС. Судді окреслили межі дії принципу верховенства права ЄС у національному правопорядку Польщі. Ними є норми, які формують конституційну ідентичність держави: по-перше, це конституційні норми у сфері прав та свобод людини; по-друге, це сфера компетенції органів державної влади, яка не була передана на рівень ЄС¹⁵.

Розглядаючи у 2010 р. справу про конституційність Лісабонського договору, Конституційний Трибунал зазначив, що передача компетенції органів державної влади Польщі наднаціональним органам ЄС не є підставою для надання їм повноважень до видання правових актів, які суперечать Конституції. Судді повторно наголосили, що Конституція має вищу юридичну силу щодо всіх міжнародних договорів, які є обов’язко-

¹² *M.A.S., M.B.*, Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z 05.12.2017 r., C-42/17 <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-42/17>> (accessed: 11.08.2019).

¹³ Halyna Dovhaň, ‘Tożsamość konstytucyjna w *acquis constitutionnel* Sądu Konstytucyjnego Republiki Włoskiej: sprawa Taricco’ [2018] 7(154) Europejski Przegląd Sądowy 11.

¹⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r. <<http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/katalog/>> (accessed: 11.08.2019).

¹⁵ *Ibid.*

вими для Польщі. На їхню думку, проблема збереження верховенства конституції в умовах євроінтеграції рівноцінна проблемі збереження державного суверенітету. Держави – члени ЄС зберігають свій суверенітет з огляду на те, що конституції, які є виразом державного суверенітету, зберігають своє значення¹⁶.

Частина конституційних судів не заперечує можливість наступного конституційного контролю правових актів ЄС. Хоча, згідно зі ст. 263 Договору про функціонування ЄС, лише Європейський Суд Справедливості уповноважений контролювати дійсність актів, виданих інститутами ЄС¹⁷. Це положення було деталізоване у практиці Європейського Суду Справедливості. Наприклад, у рішенні у справі *Foto-Frost* вказано, що національні суди не мають повноважень визнавати правовий акт ЄС недійсним. Це аргументовано так:

Одне з основних завдань Європейського Суду Справедливості – це забезпечення однакового застосування права ЄС національними судами. Розбіжності між судами держав-членів щодо дійсності правових актів ЄС ставитиме під загрозу єдність правового порядку ЄС та буде применшувати фундаментальну вимогу правової визначеності¹⁸.

Проте тоді як взірцем контролю для Європейського Суду Справедливості є право ЄС і міжнародне право, національні органи конституційного контролю прагнуть забезпечити верховенство конституції у національному правопорядку. Однозначної відповіді на запитання – яким чином слід діяти у разі виникнення сумнівів щодо відповідності акта вторинного права ЄС національному законодавству, і передусім конституції? – поки що немає.

У науковій літературі представлені різні правові наслідки дії принципу верховенства права ЄС у випадку конфлікту з національним законодавством. С. Мік виділяє, серед інших, такі: 1) заборона оспорювати дійсність норм права ЄС національними судами (зокрема й конституційними); 2) заборона застосування національними органами будь-яких норм національного законодавства, які суперечать праву ЄС¹⁹.

Конституційний Трибунал Польщі був першим конституційним судом в ЄС, який здійснив контроль правового акта ЄС щодо його від-

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 24 listopada 2010 r. <<http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/katalog>> (accessed: 11.08.2019).

¹⁷ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007 <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A12007L%2FTXT>> (accessed: 11.08.2019).

¹⁸ Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost. Judgment of the European Court of Justice of 22 October 1987, Case 314/85 <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/en> (accessed: 11.08.2019).

¹⁹ С Мік, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki* (2000) 552.

повідності конституції. Справа стосувалася Регламенту Ради № 44/2001 від 22 грудня 2000 р. про юрисдикцію та визнання судових рішень, а також їх виконання у цивільних та господарських справах. Для вирішення справи судді необхідно було проаналізувати, чи наділений Конституційний Трибунал повноваженнями щодо перевірки конституційності правових актів ЄС та чи можуть бути предметом конституційної скарги правові акти ЄС²⁰.

Судді зазначили, що предметом контролю може бути будь-який нормативний акт, який був підставою для прийняття остаточного рішення судом або органом адміністрації щодо прав, свобод чи обов'язків скажника, передбачених Конституцією Республіки Польща (п. 1.2). Оскільки регламент є правовим актом, який безпосередньо застосовується у державах – членах ЄС, він може бути предметом конституційної скарги. Окрім цього, з огляду на зміст ч. 1 ст. 8 Конституції Республіки Польща, вона є правовим актом вищої юридичної сили і має пріоритет щодо всіх правових актів, які діють у правопорядку Польщі, зокрема й джерел права ЄС. Беручи це до уваги, Конституційний Трибунал визнав допустимим контроль відповідності регламентів Конституції²¹.

Слід зазначити, що судді Конституційного Трибуналу у своєму рішенні наголосили на необхідності розмежування своєї компетенції та компетенції Європейського Суду Справедливості. Тоді як останній контролює відповідність актів вторинного права ЄС установчим договорам, Конституційний Трибунал контролює їх відповідність Конституції (п. 2.3). Було звернуто увагу на те, що Європейський Суд Справедливості стоїть на сторожі права ЄС, зі свого боку, Конституційний Трибунал повинен те саме робити щодо Конституції Республіки Польща (п. 2.4). На думку суддів Трибуналу, саме цей орган повинен бути судом “останнього слова” у справах, які стосуються Конституції Республіки Польща (п. 2.4)²².

Важливим питанням було визначення того, у чому саме може полягати невідповідність Конституції актів вторинного права ЄС у порядку розгляду конституційної скарги. Судді зазначили, що у скарзі повинно бути вказано, що норми вторинного права ЄС порушують конституційні права та свободи особи, закріплені у Конституції Польщі. Норми останньої у сфері прав та свобод людини визначають планку, яка не може бути ані знижена, ані піддана сумніву як наслідок дії у державі права ЄС (п. 2.9)²³.

²⁰ Г Довгань, ‘Межі дії принципу верховенства права ЄС щодо конституції: Acquis Constitutionnel Конституційного Трибуналу Польщі’ (2017) 138 Проблеми законності 202. DOI 10.21564/2414-990x.138.108326.

²¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 16 listopada 2011 r. <<http://trybunal.gov.pl/sprawy-w-trybunale/katalog>> (accessed: 11.08.2019).

²² Ibid.

²³ Ibid.

Галина Довгань

Слід зазначити, що результатом розгляду цієї справи було встановлення відповідності регламенту Конституції Республіки Польща.

Поки що Конституційний Суд Чехії є єдиним національним судом, який у своєму рішенні 2012 р. визнав, що акт ЄС було прийнято *ultra vires*, тобто з перевищенням повноважень. Йдеться про рішення Європейського Суду Справедливості у справі *Landtova*, в якій було вказано, що Конституційний Суд Чехії у справі про словацькі пенсії допустив пряму та опосередковану дискримінацію з огляду на національність²⁴.

Висновки. Розвиваючи у своїй практиці принцип верховенства права ЄС, Європейський Суд Справедливості послідовно відстоює його абсолютний характер – пріоритет щодо всіх правових норм національного права. На противагу цьому конституційні та верховні суди багатьох держав – членів ЄС відстоюють верховенство конституції у національному правопорядку.

Прагнучи забезпечити верховенство конституції у національному правопорядку, все більше конституційних судів встановлюють межі дії права ЄС. Таким чином вони демонструють, що у національному аспекті доктрина верховенства права ЄС має обмежений характер: право ЄС не має пріоритету щодо всіх джерел національного права. До меж дії права ЄС у національному правопорядку більшість конституційних судів відносять: права людини, компетенцію ЄС (*ultra vires review*) і конституційну ідентичність держави.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Mik C, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki* (2000) (in Polish).

Journal articles

2. Dovhaň H, 'Tożsamość konstytucyjna w *acquis constitutionnel* Sądu Konstytucyjnego Republiki Włoskiej: sprawa *Taricco*' [2018] 7(154) *Europejski Przegląd Sądowy* 11 (in Polish).
3. Dovhan H, 'Mezhi dii pryntsyphu verkhovensta prava ES shchodo konstytutsii: *acquis constitutionnel* Konstytutsyjnogo Trybunalu Polshchi' ['Limits to the Principle of Primacy of EU Law over the Constitution: *Acquis Constitutionnel* of Constitutional Tribunal of Poland'] (2017) 138 *Problems of Legality* 202. DOI 10.21564/2414-990x.138.108326 (in Ukrainian).

²⁴ Case C-399/09, *Marie Landtová v Česká správa sociálního zabezpečení*. Judgment of the European Court of Justice of 22 June 2011 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A62009CJ0399>> (accessed: 11.08.2019).

Halyna Dovhan

THE DOCTRINE OF PRIMACY OF EUROPEAN UNION LAW:
NATIONAL DIMENSION (POSITION OF CONSTITUTIONAL COURTS
OF PARTICULAR EU MEMBER STATES)

ABSTRACT. Currently, there is no uniform perception of the doctrine of primacy of European Union (EU) law in the Member States. In practice, coexistence of the EU legal system and a national legal system entails numerous legal conflicts. Among other things, this concerns the correlation between different legal acts of the EU and national legislation.

While the European Court of Justice consistently develops the doctrine of primacy of EU law, constitutional and supreme courts of many EU Member States uphold the primacy of the Constitution in the national legal order. This paves the way to a potential conflict between the European Court of Justice and constitutional courts.

The aim of the article is to analyze the positions of particular constitutional courts of the EU Member States regarding the perception of the doctrine of primacy of EU law at the national level. The main provisions of decisions passed by some constitutional courts are given in the author's translation from English and Polish.

The European Court of Justice adheres to the monistic concept of the correlation between EU law and law of EU Member States. The European Court of Justice's position is unequivocal: absolute precedence of EU law over all and any national norms, without exception, with a view to ensuring the unity and efficiency of EU law. This approach has even entailed the need to amend some constitutions of EU Member States.

In an effort to ensure the primacy of the Constitution in the national legal order, increasingly more constitutional courts are setting the limits of EU law application. Thus, they demonstrate that, in the national dimension, the doctrine of primacy of EU law is limited: EU law does not take precedence over all sources of national law. Most constitutional courts include the following into the limits of EU law application in the national legal order: human rights, EU competence (*ultra vires* review) and the State's constitutional identity.

The group of national courts consistently adhering to the position about the limited scope of the primacy of EU law is headed by the Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, which is the biggest opponent of the European Court of Justice as regards the interpretation of the doctrine of primacy of EU law .

Most constitutional courts, unlike the European Court of Justice, see the basis for the doctrine of primacy of EU law in the provisions of national constitutions, which permit to delegate a portion of authority granted to governmental bodies to the supranational level, rather than in the provisions of the EU founding treaties.

KEYWORDS: primacy of European Union law; constitutional identity; European Court of Justice; primacy of the Constitution; Constitutional Tribunal of the Republic of Poland.

II. Забезпечення прав людини як необхідна умова народовладдя



Святослав Добрянський

кандидат юридичних наук, доцент,
провідний науковий співробітник
Львівської лабораторії прав людини і громадянина
Науково-дослідного інституту державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН України,
доцент кафедри теорії та філософії права
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів, Україна)
svatolex@gmail.com

УДК 340.12+342.7

ПРАВА ЛЮДИНИ В ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ: МОЖЛИВОСТІ УДОСКОНАЛЕННЯ ЮРИДИЧНОГО ГАРАНТУВАННЯ

АНОТАЦІЯ. Реалізація положень Угоди про асоціацію з Європейським Союзом (ЄС) вимагає від України освоєння юридичних стандартів прав та свобод людини цього міжнародного формування. Система юридичного забезпечення прав людини у праві ЄС пройшла тривалий шлях становлення та розвитку: від первісного заперечення необхідності визнання таких прав – до прийняття окремого міжнародного акта – Хартії основних прав Європейського Союзу (Хартія ЄС), яка наділена юридичною силою установчих договорів ЄС.

Проте, незважаючи на значну історію свого становлення та розвитку, достатніх підстав констатувати, що нині система захисту прав людини в ЄС остаточно сформована і не потребує суттєвого удосконалення, немає. Європейський законодавець не обмежився наданням нормам Хартії ЄС сили установчих договорів, а також включив до Лісабонського договору обов'язок ЄС приєднатися до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ), чим, власне, створив складну ситуацію юридичного дуалізму чинного та перспективного врегулювання статусу стандартів прав та свобод людини в ЄС. З одного боку, нині норми Хартії ЄС та встановлені на її основі Судом ЄС стандарти прав та свобод мають вищу юридичну силу в правовій системі цього міжнародного формування, а з другого – за умов виконання обов'язку приєднання ЄС до ЄКПЛ, вищим ступенем обов'язковості у питаннях визначення європейських стандартів прав людини у правовій системі ЄС володітиме ЄКПЛ, застосована у відповідній практиці Європейського суду з прав людини.

Для України відповідь на запитання – які ж тенденції у юридичному забезпеченні прав людини переважають у ЄС? – впливатиме на вирішення проблеми пошуку оптимальних юридичних інструментів наближення законодавства України до права ЄС.

Метою статті є дослідження загальних закономірностей, особливостей, а також проблем юридичного гарантування прав та свобод у ЄС задля більш ефективного наближення правової системи України до правової системи ЄС. Досліджуються особливості становлення та розвитку інституту прав людини в ЄС. Аналізуються норми Хартії ЄС як головного юридичного інструменту гарантування прав людини у цьому формуванні, а також перспективи вдосконалення юридичного гарантування прав та свобод у ЄС з огляду на підготовку Договору про приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Ключові слова: права людини; Європейський Союз; Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод; Хартія основних прав Європейського Союзу.

Кризова ситуація, в якій опинилася Україна впродовж останніх шести років, вимагає рішучих кроків в остаточному визначенні та, врешті-решт, реальному утвердженні зовнішньополітичного вектора розвитку. На європейському континенті для нашої держави, вочевидь, найбільш перспективними та ефективними напрямками інтеграції у спільноту держав європейської цивілізації є такі міжнародні формування, як Рада Європи (далі – РЄ) та Європейський Союз (далі – ЄС).

Намір посісти належне місце у світовому співтоваристві Україна урочисто проголосила ще з початку свого державного будівництва, а першим кроком у цьому керунку став вступ України до РЄ і відповідне освоєння нею праволюдних стандартів цієї організації. У той час, коли РЄ є перспективною формою політичної інтеграції держав Європи, ще більші можливості співпраці не лише у політичній сфері, а й у сфері економічній, соціальній, культурній відкриваються для України у такому міжнародному інтеграційному об'єднанні, як ЄС, угоду про асоційоване членство з яким було підписано у березні 2014 р. після доленосних подій на Майдані впродовж грудня 2013 р. – березня 2014 р.

Зміна вищого керівництва Української Держави в результаті виборів Президента України у травні 2019 р., а також переобрання складу Верховної Ради України у липні цього ж року дає підстави сподіватися, що курс на інтеграцію України до ЄС отримає новий виток розвитку. Ба більше, останні події на міжнародній арені достатньо переконливо демонструють безперспективність, можна сказати, небезпечність зміни євроінтеграційного напрямку розвитку нашої держави.

Реалізація положень Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони¹, вимагає від України, серед іншого, освоєння правової системи ЄС, зокрема юридич-

¹ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011> (дата звернення: 15.09.2019).

них норм щодо гарантування основоположних прав і свобод. Система юридичного забезпечення прав людини в ЄС пройшла тривалий шлях розвитку, з певними застереженнями можна стверджувати, що комплекс юридичних інструментів гарантування прав людини у цьому міжнародному формуванні еволюціонував відповідно до основних етапів поглиблення інтеграційних зв'язків європейських держав. Проте, незважаючи на значну історію свого становлення та розвитку, буде перебільшенням казати, що нині система захисту прав людини в ЄС остаточно сформована і не потребує суттєвого вдосконалення.

Метою дослідження є вивчення загальних закономірностей, особливостей, а також проблем у юридичному гарантуванні основоположних прав та свобод у ЄС задля більш ефективного наближення правової системи України до правової системи ЄС.

Роль Суду ЄС у юридичному гарантуванні прав людини в ЄС

Хоча на початку 50-х років було прийнято вважати, що повага та захист основоположних прав людини – це виключний обов'язок РЄ (оскільки інститути так званих Європейських Співтовариств (попередника ЄС, далі – ЄСС), які функціонували у певних галузях економіки, не можуть впливати на реалізацію принципу захисту прав людини), реалії політико-правових процесів між державами – членами ЄС показали, що це не так. Фактично з перших років функціонування центральної судової інституції ЄСС – Суду ЄС – було запропоновано прийняти рішення щодо відповідності актів інститутів ЄС конституційним положенням держав-членів у сфері регулювання прав людини².

Принцип поваги та захисту прав людини впродовж тривалого часу явно не виокремлювався у таких фундаментальних, установчих засадах правової системи ЄС, як *принципи свободи, демократії та верховенства права*. Первісно установчі документи ЄС не гарантували дотримання прав та основних свобод людини у правовій системі ЄС³. Так, до другої половини 60-х років Суд ЄС відмовлявся здійснювати тлумачення актів інститутів ЄСС на відповідність конституційним положенням держав-членів з метою забезпечення прав і свобод. У 1959 р. до Суду ЄС було подано чотири скарги, в яких порушувалося питання про невідповідність рішень Верховного органу (орган управління, створений відповідно до Договору про утворення Європейського об'єднання вугілля та сталі від 18 квітня 1951 р. (далі – Договір про ЄОВС)) конституційним вимогам щодо прав громадян держав-членів. Розглянувши в об'єднано-

² С Табушка, 'Развитие защиты прав человека в рамках правовой системы Европейского Союза' (2013) 3 Право України 100-7.

³ С Добрянський, *Актуальні проблеми загальної теорії прав людини* (Астрон 2006) 89.

му провадженні ці чотири справи 15 липня 1960 р., Суд ЄС визнав свою компетенцію приймати рішення про законність актів Верховного органу відповідно до Договору про ЄОВС, однак зазначив, що він не зобов'язаний встановлювати відповідність таких актів національному законодавству держав-членів, за винятком їх конституційного законодавства. Він також відзначив, що 'право Співтовариства, як зазначено в Договорі про ЄОВС, не містить жодних загальних принципів, які гарантували б основоположні права'⁴.

Однак подальше розгортання процесів європейської інтеграції неминуче ставило проблему забезпечення основних прав людини на порядок денний ЄС, що спонукало Суд ЄС змінити свою позицію і нарешті розпочати процес конституціоналізації інституту основоположних прав та свобод. Важливим кроком у цьому керунку стала справа *Loos*, в якій Суд ЄС вказав, що незалежно від держав-членів право Співтовариства не тільки встановлює обов'язки окремих осіб, а й одночасно закріплює основоположні права як частину європейської правової традиції. Крім того, Суд ЄС постановив, що 'установчі договори повинні тлумачитись як такі, що мають пряму дію і надають індивідуальні права, які національні суди повинні захищати'⁵.

Особливо важливого "правозахисного" значення у сфері механізмів взаємодії національних судів держав – членів ЄС та Суду ЄС набув принцип верховенства права Співтовариств над внутрішнім правом держав-членів. Цей принцип (вперше сформульований судом у справі *Costa*) полягає у дії та обов'язковості норм права Співтовариств (зокрема й рішень Суду ЄС як одного з джерел права Співтовариств) на всій території ЄС та стосовно всіх суб'єктів європейського права. Таким чином, Суд ЄС співпрацює з національними судами держав-членів, роз'яснюючи їм європейське право з погляду інтересів не окремих держав-членів, а загалом Співтовариств і їхніх цілей⁶.

Подальшим кроком у напрямку забезпечення основоположних прав людини стала справа *Stauder* (1969 р.), у якій Суд ЄС постановив, що *права людини входять до системи загальних принципів права Спільноти*, які ним захищаються. А пізніше у справі *Nold* (1974 р.) вказав, що право Спільноти, яке він має тлумачити, ґрунтується на *спільних конституційних традиціях держав-членів і при формуванні цінностей Спільноти він братиме до уваги конвенції та угоди, укладені з державами-членами, а також Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.*

⁴ Цит. за: Табушка (н 2) 101.

⁵ Case C-26/62 Van Gend en Loos vs. Belasting Administration of February 5, 1963 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026>> (accessed: 17.09.2019).

⁶ Case C-6/64 Costa vs. E. N. E. L. of July 15, 1964 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006>> (accessed: 17.09.2019).

Святослав Добрянський

(далі – ЄКПЛ)⁷. Варто погодитися з висловленою у науковій літературі думкою, що рішення у цій справі є новим етапом у розвитку прецедентного права Люксембурзького суду, оскільки воно передбачає можливість того, що ‘при тлумаченні і застосуванні права Співтовариства Суд ЄС буде дотримуватися норм міжнародних договорів, які підписали держави-члени’⁸.

Таким чином, аналізуючи прецедентну практику Суду ЄС, можна виокремити два періоди його функціонування, які кардинально відрізнялися своїми підходами: якщо на першому етапі Суд ЄС всіляко уникав визнання проблеми необхідності захисту основних прав людини (прямо посилаючись на те, що установчі договори ЄС не містять положень щодо гарантування прав людини), тоді як з другої половини 60-х років захист прав людини було визнано невід’ємним принципом права ЄС. Ба більше, завдяки діяльності Суду ЄС вдалося частково подолати прогалини в установчих договорах ЄС щодо гарантування прав і свобод людини. Утім, навіть позитивно оцінюючи поступ у функціонуванні Суду ЄС у напрямі забезпечення основоположних прав та свобод людини у правопорядку ЄС, інші інституції ЄС не забарилися вказати на обмеженість підходів Люксембурзького суду у формулюванні “правозахисних” принципів. Комісія ЄС у своєму меморандумі від 4 квітня 1979 р. зазначила:

Якими б ефективними та гідними схвалення не були методи [захисту прав людини. – С. Д.] вироблені Судом Справедливості Європейських Спільнот, вони, однак, не можуть компенсувати принаймні один суттєвий недолік правового порядку Спільнот, пов’язаний із відсутністю письмового “каталога” основоположних прав: неможливість знати наперед, які з таких свобод не можуть бути порушеними за жодних обставин. Європейський громадянин володіє легітимним інтересом знати свої права стосовно Спільнот. Він повинен мати можливість від самого початку оцінити перспективи розвитку будь-якого правового спору і, таким чином, мати у розпорядженні відповідні, чітко визначені критерії⁹.

Уконституювання інституту прав людини в установчих договорах ЄС

Лише через 30 років після заснування Європейського Співтовариства (далі – ЄСП) у Єдиному Європейському Акті вперше було вміщено посилення на принцип захисту прав людини. В абзаці 3 преамбули зазначається, що держави – члени ЄС ‘сповнені рішучості сприяти спільними зусиллями розвитку демократії, яка спирається на права, визнані консти-

www.pravola.com.ua

⁷ N Nanette and R Allan, *The European Union and Human Rights* (Kluwer Law International 1995) 144.

⁸ Табушка (н 2) 103.

⁹ Memorandum of the Commission of the European Communities adopted on 4 April 1979 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:51979DC0210&from=EN>> (accessed: 17.09.2019).

туціями і законами держав-членів, ЄКПЛ та Європейською Соціальною Хартією¹⁰.

Подальший процес конституціоналізації основоположних прав людини продовжив Амстердамський договір від 2 жовтня 1997 р. Положеннями цього документа було внесено суттєві корективи в систему угод про утворення ЄС: так принцип поваги до прав людини та фундаментальних свобод, раніше закріплений тільки у преамбулі Договору про ЄС (далі – ДЄС), перетворився на фундамент інтеграційних процесів у ЄС¹¹. Інакше кажучи, Амстердамський договір надав право Суду ЄС застосовувати до всіх актів інститутів ЄС *мінімальні стандарти, які пов'язані з захистом прав людини у той спосіб, як вони впливають із спільних конституційних традицій держав-членів та міжнародних угод із прав людини*. Окрім змін загального характеру щодо дотримання та захисту прав людини як інституту ЄС, положення Амстердамського договору передбачали введення деяких нових аспектів, форм застосування принципу недискримінації. Він став якісно новим кроком у напрямку забезпечення принципу недискримінації: доповнена ст. 3 (раніше – ст. 2) Договору про ЄСП встановлює, що забезпечення рівності між жінкою та чоловіком загалом, а не лише у трудових відносинах, становить одне із завдань Спільноти.

Оцінюючи значення положень Амстердамського договору в аспекті посилення юридичної гарантованості інституту прав людини в ЄС, зарубіжні вчені прирівнюють його нововведення до статусу справжньої “реформи” в сфері забезпечення прав людини у правовій системі ЄС, явно закріпивши положення про основні права, які тепер стали частиною первинного права ЄС¹².

Загалом поділяючи таку думку, не можна оминати увагою проблеми, яких цей документ не вирішив. Так, зокрема, зростання інтеграційних процесів між державами – членами ЄС супроводжувалося посиленням юридичного забезпечення передусім соціально-економічних прав людини, тоді як у практиці Суду ЄС постала загроза виникнення ситуації порушення однакового режиму гарантування *особистісних і соціально-економічних прав людини*¹³.

Проблема співвідношення цих режимів виникала тоді, коли Суд ЄС повинен був здійснювати контроль за дотриманням основних прав людини у випадках порушення державами економічної свободи, котра, власне, й належить до одного з прав людини або ж опосередковано зачіпає

¹⁰ Цит. за: Табушка (н 2) 100-7.

¹¹ Амстердамський договір було підписано 2 жовтня 1997 р. і він набув чинності 1 травня 1999р.

¹² Цит. за: Табушка (н 2) 100-7.

¹³ Добрянський (н 3) 98.

Святослав Добрянський

його. Це могло статись, наприклад, у разі видворення громадянина ЄС із держави-члена (скажімо, у випадку порушення ним умов економічної діяльності), внаслідок чого руйнувалася єдність сімейного життя (ст. 8 ЄКПЛ); або ж у разі застосування щодо нього обмежень у вільному наданні інформаційних послуг, які безпосередньо торкаються права на вільне поширення інформації, незважаючи на кордони (ст. 10 ЄКПЛ)¹⁴. Інакше кажучи, проблема полягала у тому, що в поле дії правопорядку ЄС, зокрема діяльності Суду ЄС, потрапляли права людини, захист яких гарантувався нормами ЄКПЛ, внаслідок чого виникала колізія у міжнародно-судовому захисті прав людини: одні й ті самі права водночас забезпечувалися двома різними міжнародними правопорядками, членами яких були ті самі держави – члени ЄС.

Таким чином, у правопорядку ЄС виникали все нові й нові питання юридичного гарантування основоположних прав людини, вирішити які шляхом подальшого розгортання правозахисної практики Суду ЄС чи просто внесенням доповнень і коректив до системи установчих договорів ЄС не було ефективним.

На різних етапах функціонування ЄСП порушувалося питання щодо його можливого приєднання до системи захисту прав людини під егідою ЄКПЛ. Однак після рішення Суду ЄС [*Opinion 2/94 on Accession by the Community to the ECHR*], в якому була висловлена позиція цього суду про те, що Договір про ЄСП не надає повноважень Європейському Співтовариству приєднатися до ЄКПЛ, визріла необхідність пошуку інших шляхів якісно нового гарантування прав та свобод людини в ЄС.

За часів головування Німеччини в ЄС 1999 р. було запропоновано на сучасному етапі становлення ЄС розробити Хартію основних прав Європейського Союзу (далі – Хартія ЄС)¹⁵ задля того, щоб явно гарантувати для громадян Союзу першочергову значущість прав та свобод.

Такий документ було, врешті-решт, розроблено, і він був “урочисто проголошений” Європейським Парламентом, Радою Міністрів та Європейською Комісією у Ніцці 7 грудня 2000 р. Спочатку, на жаль, Хартія ЄС не була інкорпорована до системи установчих угод ЄС, ба навіть була опублікована у серії “С” офіційного журналу, а не у серії “Л”, яка зарезервована для права.

Таким чином, після свого проголошення Хартія ЄС не була наділена юридичною силою. Вперше про неї Суд ЄС згадав лише у 2006 р. у справі щодо законності Директиви про об’єднання сім’ї.

www.pravo.ua.com.ua

¹⁴ Nanette and Allan (n 7) 183.

¹⁵ Хартія основних прав Європейського Союзу від 7 грудня 2000 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524> (дата звернення: 16.09.2019).

“Революційним” кроком у керунку радикального подолання нових проблем юридичного гарантування прав людини мав стати Договір про введення Конституції для Європи, який містив перелік прав і свобод, проголошених у Хартії ЄС¹⁶. Однак, не отримавши підтримки на рівні національних референдумів держав – членів ЄС, його було замінено Лісабонським договором, який набрав чинності у грудні 2009 р.

Місце Хартії ЄС у системі джерел права ЄС

З набранням чинності Лісабонського договору 1 грудня 2009 р. Хартія ЄС набула юридичної сили одного з установчих договорів ЄС. Варто зауважити, що тільки за перший рік Суд ЄС посилався на її норми понад 30 разів, а в листопаді 2010 р. вперше застосував положення Хартії ЄС як правову підставу анулювання приписів низки регламентів ЄС через їхню суперечність Хартії ЄС¹⁷. Беручи до уваги систему джерел права ЄС, зокрема вже усталений у науковій літературі поділ таких джерел за ступенем їхньої фундаментальності на первинні та вторинні¹⁸, можна стверджувати, що для Суду ЄС – органу, який послідовно забезпечує втілення принципу пріоритету права ЄС щодо національних правопорядків держав-членів цього формування, після набрання чинності Лісабонським договором у сфері першочергового значення набула саме Хартія ЄС, а не ЄКПЛ, незважаючи на те, що остання визнана ЄС одним із загальних принципів його правової системи, які (принципи) теж є джерелами права ЄС.

Однак європейський законодавець не обмежився наданням нормам Хартії ЄС сили установчих договорів, а включив до Лісабонського договору обов’язок ЄС приєднатися до системи захисту прав людини на основі ЄКПЛ, чим, власне, створив складну ситуацію юридичного дуалізму чинного та перспективного врегулювання статусу стандартів прав і свобод людини в ЄС. З одного боку, нині норми Хартії ЄС та встановлені на її основі Судом ЄС стандарти прав і свобод мають вищу юридичну силу у правовій системі цього міжнародного формування, а з другого – за умов виконання обов’язку приєднання ЄС до ЄКПЛ, вищим ступенем обов’язковості у питаннях визначення європейських стандартів прав людини у правовій системі ЄС володітиме ЄКПЛ, застосована у відповідній практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

¹⁶ *Хартія Європейського Союзу об основних правах. Коментарий* (Кашкин С ред, Юриспруденція 2001) 160.

¹⁷ Joined cases C-92/09 and C-93/09 Volker and Markus Schecke Gbr (C-92/09) Harmut Eifert (C-93/09) v. Land Hassen <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62009CA0092>> (accessed: 17.09.2019).

¹⁸ В Опришко, *Право Європейського Союзу* (КНЕУ 2002) 460.

Святослав Добрянський

У такій ситуації варто з'ясувати, яким все-таки шляхом рухається юридична практика інституцій ЄС, насамперед Суду ЄС. Адже залежно від відповіді на запитання – які тенденції в юридичному забезпеченні прав людини переважають у ЄС? – залежатиме відповідь на запитання щодо пошуку ефективних шляхів оптимізації наближення законодавства України до права ЄС. Якщо сьогодні у практиці Суду ЄС вирішальне значення надається нормам Хартії ЄС, і при цьому Суд ЄС здійснює автономне тлумачення навіть тих норм Хартії ЄС, які передбачають права людини, однойменні з правами, закріпленими в ЄКПЛ, – виникає потреба докорінної адаптації праволюдного законодавства України до стандартів прав людини ЄС. Якщо ж, незважаючи на надання нормам Хартії ЄС формально обов'язкового характеру, ЄКПЛ та практика її застосування ЄСПЛ зберігають високий юридичний статус у практиці Суду ЄС, то для України пріоритетне значення зберігають обов'язки, які випливають із факту ратифікації ЄКПЛ та визнання для себе обов'язковими рішень ЄСПЛ. Розглянемо більш детально тенденції забезпечення прав людини, які сьогодні прослідковуються у праві ЄС, насамперед практиці Суду ЄС.

Тенденції застосування Хартії ЄС та ЄКПЛ у практиці Суду ЄС

Відомий американський дослідник міжнародного права прав людини, співробітник Гарвардського університету Г. Де Бурка підрахував використання Хартії ЄС Судом ЄС з моменту її урочистого проголошення у 2000 р. до 2009 р., коли цьому акту було надано юридичної сили установчих договорів. Згідно з дослідженнями впродовж зазначеного періоду Суд ЄС звертався до положень Хартії ЄС 59 разів. Причому переважна більшість таких посилань використовувались як додаткова аргументація. Крім того, Суд ЄС застосовував положення Хартії ЄС вкрай несистемно – згадуючи про її положення в одних справах, і “забуваючи” – в аналогічних¹⁹.

Водночас за аналогічними підрахунками впродовж 1998–2005 рр. Суд ЄС використав положення ЄКПЛ при прийнятті 81 рішення, що свідчить про більш часте використання ним положень саме цього міжнародного акта з прав людини до моменту надання Хартії ЄС обов'язкового статусу²⁰.

Як з'ясував інший відомий британський дослідник у сфері захисту прав людини Л. Схек, упродовж 1998–2005 рр. Суд ЄС у 7,5 разів частіше посилався на положення ЄКПЛ, ніж на всі інші правозахисні інструменти, включаючи Хартію ЄС, разом узяті. Також він зазначає, що оперуван-

www.pravoua.com.ua

¹⁹ G De Burca, ‘After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?’ (2013) 20 Maastricht Journal of European and Comparative Law 3-5.

²⁰ Там само 4.

ня положеннями ЄКПЛ переважало і в діяльності Генеральних Адвокатів в аналогічний період, і різко знизилося після набрання чинності Лісабонським договором²¹.

Тож можна дійти висновку, що тривалий час ЄКПЛ і практика ЄСПЛ використовувалися Судом ЄС як важливе джерело стандартів у сфері захисту прав і свобод людини, навіть незважаючи на те, що ЄС не був і не є стороною ЄКПЛ, а отже, не брав на себе зобов'язань щодо дотримання її положень.

Прийняття Лісабонського договору надало Хартії ЄС обов'язкового значення, наділивши рівним статусом із установчими договорами ЄС.

За підрахунками Г. Де Бурки, з моменту прийняття Лісабонського договору і до кінця 2012 р. Суд ЄС посилався на положення Хартії ЄС 122 рази, причому в 27 рішеннях було наведено досить детальний аналіз доцільності застосування положень Хартії ЄС, а в решті 95 рішень містилася лише згадка про цей документ. У 10 із 27 рішень, де Суд ЄС застосовував положення Хартії ЄС, було також посилення і на положення ЄКПЛ та практику ЄСПЛ, котра відповідала тлумаченню і застосуванню положень Хартії ЄС у конкретних випадках. У 95 рішеннях, де Суд ЄС обмежився формальною згадкою положень Хартії ЄС, про положення ЄКПЛ йдеться схожим загальним чином лише 10 разів²².

Інакше кажучи, за період 2009–2012 рр. у 122 справах, де застосовувалися положення Хартії ЄС, Суд ЄС послався на ЄКПЛ лише 18 разів. Із них – у 10 випадках Суд ЄС здійснював аналіз відповідної практики ЄСПЛ та аналізував доцільність застосування положень ЄКПЛ і їхнє змістовне узгодження з відповідними положеннями Хартії ЄС. Натомість у решті 8 справах Суд ЄС обмежився лише формальним цитуванням положень ЄКПЛ, не зіставляючи її зміст із положеннями Хартії ЄС.

Наведені дані, на нашу думку, свідчать, що з моменту набуття Хартією ЄС обов'язкового характеру частота посилянь Суду ЄС на положення ЄКПЛ і практику ЄСПЛ знизилася, натомість зросла кількість посилянь на Хартію ЄС. Ба більше, як показують наведені цифри, сьогодні Суд ЄС досить часто тлумачить і застосовує положення Хартії ЄС ізольовано, відмовляючись тлумачити її через призму ЄКПЛ, незважаючи на те, що значна кількість прав, закріплених у Хартії ЄС (їхній зміст та обсяг), були фактично “перенесені” з тексту ЄКПЛ до тексту Хартії ЄС.

Порівняно з ЄКПЛ Хартія ЄС закріплює значно більший перелік прав і свобод, наприклад, право на цілісність особистості (ст. 3), свободу твор-

²¹ L Scheeck, ‘Constitutional activism and fundamental rights in Europe: common interests through transnational socialization’ in Rowell J and Mangenot M (eds), *Political Sociology of the European Union. Reassessing Constructivism* (Manchester University Press 2010) 109-27.

²² De Burca (n 19) 3-5.

чості та науки (ст. 13), право на притулок (ст. 18), а також набір унікальних прав, якими наділені, власне, громадяни ЄС (статті 39–46).

Загалом схвально оцінюючи значення цього документа в правопорядку ЄС, поставимо запитання: чи можна вважати процес конституціоналізації прав людини в ЄС таким, що досягнув своєї завершальної стадії, а отже, проблеми, які виникали на різних етапах європейської інтеграції, були нарешті вирішені? Відповідаючи на це запитання, варто, на нашу думку, звернути увагу на певні практичні проблеми при застосуванні Хартії ЄС для захисту основоположних прав людини.

По-перше, норми Хартії ЄС мають обов'язковий характер лише для інституцій ЄС у процесі здійснення наданих їм повноважень (зокрема, при прийнятті відповідних правових актів), а також для держав – членів ЄС при імплементації ними положень права ЄС. Тоді як приватні особи як суб'єкти правопорядку ЄС володіють обмеженими процесуальними можливостями щодо оскарження актів інституцій ЄС на предмет порушення останніми прав і свобод, закріплених у Хартії ЄС. Відповідно до ст. 263 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС) приватні особи мають право оскаржити акт інституції ЄС, який не адресований їм персонально (а переважна більшість означених актів має саме такий характер) тільки у тому випадку, коли такий акт породжує для них безпосередні правові наслідки та торкається їх персонально²³. Зазначені принципи (*персональний і безпосередній характер акта*) були детально розроблені у судовій практиці Суду ЄС, і, як зазначається у науковій літературі, складність дотримання цих критеріїв на практиці для приватних суб'єктів породжує неможливість безпосереднього оскарження актів інституцій ЄС на основі положень Хартії ЄС²⁴.

Відтак можна зробити висновок, що для повноцінного використання можливостей, які випливають із Хартії ЄС, необхідною є принципова лібералізація процесуально-правового статусу приватних суб'єктів, яка прямо уможливить оскарження ними актів інституцій ЄС на предмет порушення основних прав і свобод.

По-друге, незважаючи на те, що Хартія ЄС є договором еволюційним як щодо номенклатури гарантованих нею прав людини, так і щодо їх техніко-юридичного формулювання та структурування у різних частинах цього документа, очевидно є не виправдана надмірна абстрактність певних її положень. З одного боку, Хартія ЄС співвідноситься з еволюцією конституційного права в Європі загалом, а з другого – з тим, як еволюціонувало саме європейське право. Зокрема, вона закріплює визна-

²³ 'Договор о функционировании Европейского Союза' в *Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями* (Изда-во ИНФРА – М 2008) 65.

²⁴ К'Энтин, 'Присоединение Евросоюза к ЕКПЧ' (2012) 3 *Европейское право* 111-23.

чені на основі прецедентів основоположні права, визнані Судом ЄС як неписані загальні принципи права цього міжнародного утворення. Слід звернути увагу на те, що низка положень зазначеного акта має відносно визначений, ба більше, суто декларативний характер, що невиправдано розширює сферу розсуду установ інституцій ЄС при визначенні ними напрямів практичної реалізації положень Хартії ЄС.

Наприклад, справедливу критику викликають формулювання статей 37 і 38 Хартії ЄС. Так, скажімо, ст. 37 містить положення про те, що 'політика Європейського Союзу повинна включати підвищений рівень захисту навколишнього середовища і забезпечувати покращення його якості відповідно з принципом сталого розвитку'²⁵. З одного боку, важливим є те, що наведена стаття передбачає не просто збереження навколишнього середовища, а високий рівень його захисту і підвищення якості відповідно до зростаючих науково-технологічних і фінансових можливостей держав ЄС; з другого – зазначене положення не витримує жодної критики з огляду на принцип правової визначеності, зокрема, в аспекті конкретних можливостей поведінки людини, які впливали б із цієї статті. Відсутність чітко сформульованих екологічних прав людини (таких як право на безпечне навколишнє середовище, право на достовірну екологічну інформацію, право на участь у прийнятті екологічних рішень) у тексті Хартії ЄС є, очевидно, її недоліком. Схожим чином заслуговує критику формулювання ст. 38, яке також не витримує перевірки принципом правової визначеності.

По-третє, норми Хартії ЄС (зокрема ч. 3 ст. 52) містять положення, за яким права та свободи, закріплені у цьому документі, в процесі його застосування повинні мати значення та обсяг відповідно до однойменних прав і свобод, закріплених у ЄКПЛ. Зазначена норма покликана бути гарантією того, що принципи захисту прав людини, закріплені в ЄКПЛ та розроблені практикою ЄСПЛ, будуть належно й повно відображені у правозахисній практиці Суду ЄС.

Натомість практика Суду ЄС нерідко демонструє автономність застосування та тлумачення ним прав і свобод людини на відміну від ЄСПЛ. Конфліктною площиною між ЄС та ЄСПЛ у сфері прав людини називають щонайменше: а) систему надання біженцям притулку в ЄС на основі так званого Дублінського регламенту ЄС (станом на сьогодні понад 1 000 заяв щодо порушення норм ЄКПЛ при вирішенні питання про депортацію біженців із держав – членів ЄС чекають свого вирішення в ЄСПЛ); б) практику застосування в ЄС Європейського ордеру на арешт, який, як стверджується, значно різниться з усталеною практикою

²⁵ Хартія основних прав Європейського Союзу (н 15).

ЄСПЛ щодо застосування статей 3 і 6 ЄКПЛ; в) антимонопольну практику ЄС із її надзвичайно високими штрафами і невиправдано великими повноваженнями Європейської Комісії з розслідування порушень і накладення штрафів²⁶.

У цій же площині виникає запитання: наскільки сумісними є пункти 1 та 3 ст. 52 Хартії ЄС? Так, п. 1 містить положення:

<...> будь-яке обмеження прав та свобод, визнаних цією Хартією, повинно бути передбачене законом і не посягати на серцевинний зміст цих прав та свобод. Обмеження можуть застосовуватися лише за умови дотримання принципу пропорційності і тільки у тому випадку, якщо вони необхідні і відповідають загальним цілям, передбаченим ЄС, або необхідні для захисту прав та свобод інших людей²⁷.

Порівняння зазначеного положення з п. 3 ст. 52, за яким права та свободи людини закріплені в Хартії ЄС, повинні мати зміст та обсяг відповідно до однойменних прав і свобод, закріплених в ЄКПЛ, дає змогу констатувати, що в ЄКПЛ не передбачено такої підстави обмеження прав і свобод людини, як *загальні цілі ЄС*; тож очевидним є відмінне розуміння *принципу пропорційності* у практиці ЄСПЛ та правовій системі ЄС.

Перспективи приєднання ЄС до ЄКПЛ

Оскільки положення установчих договорів у чинній редакції ДЄС (ст. 6) передбачають обов'язок ЄС приєднатися до системи захисту прав людини на основі ЄКПЛ, видається, що зазначені вище проблеми непослідовності юридичного гарантування прав людини у правовій системі ЄС могли би бути більш ефективно вирішені після визнання обов'язковою для нього юрисдикції ЄСПЛ. Адже результатом такого кроку буде передача спірних питань на розгляд такого незалежного авторитетного міжнародного арбітра, як ЄСПЛ.

Взагалі ідею приєднання ЄС до ЄКПЛ активно обговорювали як політики, так і юристи вже з кінця 1970-х років. Однак, як уже зазначалося, у своєму рішенні [*Opinion 2/94 on Accession by the Community to the ECHR*] Суд ЄС вказав, що Європейське Співтовариство не володіє необхідними повноваженнями для приєднання до ЄКПЛ, і такий крок вимагає внесення змін до установчих договорів.

Після оприлюднення такої правової позиції Суду ЄС впродовж тривалого часу (понад 14 років) процес приєднання ЄС до ЄКПЛ не відбувся, допоки не стало очевидним, що накопичення практики Люксем-

²⁶ А Исполниов, 'Практика ЕСПЧ в отношении Европейского Союза: некоторые уроки для ЕврАзЭС' (2012) 3 Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения 112-4.

²⁷ Хартія основних прав Європейського Союзу (н 15).

бурзького суду у царині захисту прав людини на основі застосування положень Хартії ЄС (зокрема тих, які закріплюють однойменні права людини з правами, гарантованими ЄКПЛ) призводить до поступових розбіжностей у відповідній правозахисній практиці між Судом ЄС та ЄСПЛ. Відтак у липні 2010 р. розпочалися переговори щодо приєднання ЄС до ЄКПЛ, результатом яких стало вироблення відповідного проекту договору.

Тож розглянемо більш детально юридичні норми, які опосередковуватимуть процес приєднання ЄС до ЄКПЛ, і, що має особливе значення у контексті нашого дослідження, визначатимуть межі судового нагляду ЄСПЛ за актами органів ЄС після підписання відповідного договору (далі – Договір про приєднання).

Стаття 1 (b) Протоколу № 8 до Договору про приєднання містить вимогу про те, що

така угода передбачає створення механізму, необхідного для того, щоби забезпечити те, що скарги держав – нечленів ЄС та індивідуальні звернення про порушення прав людини правильно адресувалися відповідно проти держави – члена ЄС або самого ЄС²⁸.

Водночас ст. 3 цього Протоколу визначає, що ніщо в Договорі про приєднання не впливатиме на застосування ст. 344 ДФЄС, а ст. 6 (2) ДЄС встановлює, що ‘приєднання до ЄКПЛ не впливатиме на повноваження Союзу, визначені в угодах’²⁹. Зазначена стаття містить вимогу про те, що держави-члени зобов’язуються не використовувати інших способів вирішення спорів щодо тлумачення та застосування Договорів, аніж ті, котрі визначені у цьому договорі. Як роз’яснив Суд ЄС у справі *МОХ*, ‘це положення стосується також усіх спорів щодо вторинного законодавства ЄС’³⁰. Інакше кажучи, ст. 344 ДФЄС встановлює монополію Суду ЄС щодо вирішення будь-яких спорів, які виникають між державами-членами і торкаються права ЄС.

Які практичні наслідки застережень, визначених у юридичних нормах, які опосередковують процес приєднання ЄС до ЄКПЛ?

По-перше, важливим є те, що приписи ст. 344 ДФЄС фактично є юридичною підставою унеможливлення звернення до ЄСПЛ однієї держа-

²⁸ Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en/pdf> (accessed: 17.09.2019).

²⁹ Г Белова, ‘Институциональные и процессуальные проблемы, связанные с присоединением Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод’ (2013) 3 *Право Украины* 109-13.

³⁰ G Gaja, ‘Accession to the ECHR’ in Biondi A and Eeckhout P and Ripley S, *EU Law After the Lisbon Treaty* (Oxford University Press 2012) 191.

Святослав Добрянський

ви – члена ЄС проти іншої держави-члена щодо порушення нею прав людини, котре є результатом застосування права ЄС. Відтак юридичні можливості звернення до ЄСПЛ за захистом прав людини у справах, які стосуються застосування державами-членами права ЄС, фактично зводяться нанівець³¹.

По-друге, схожа проблема порушується у разі гіпотетичного звернення зі скаргою на порушення прав людини, гарантованих ЄКПЛ, держави – члена ЄС проти самого ЄС або ж ЄС проти своєї держави-члена. Оскільки предметом такої скарги так чи інакше буде проблема тлумачення та застосування права ЄС, такі категорії справ також “випадатимуть” за межі юрисдикції ЄСПЛ.

Які ж суб’єкти володітимуть *реальними процесуальними можливостями* ініціювання захисту прав людини у справах, які виникають із правовідносин, ініційованих актами застосування права ЄС?

Звернення недержавних суб’єктів. Що стосується індивідуальних звернень щодо порушення прав людини, то їх можна вважати ефективними засобами захисту прав людини від актів інституцій ЄС та держав-членів цього формування за умови врахування таких факторів. Як відомо, проблема захисту прав людини у правопорядку ЄС раніше вже була предметом розгляду ЄСПЛ у низці справ, серед яких окремої уваги заслуговують справи *Bosphorus v. Ireland*³² та *Mss v. Belgium and Greece*³³.

У першій із них ЄСПЛ сформулював принцип так званого “еквівалентного захисту прав людини”. Зокрема, розглядаючи скаргу проти держави – члена ЄС, котра виконувала свої обов’язки відповідно до одного з регламентів ЄС, ЄСПЛ зазначив:

Дії держави, вжиті на виконання своїх юридичних обов’язків, є обґрунтованими, допоки відповідна організація вважається такою, що захищає основоположні права людини як щодо вжитих матеріальних гарантій, так і механізмів, котрі забезпечують їх дотримання у спосіб, який можна вважати принаймні еквівалентним до того, який забезпечує Конвенція³⁴.

У декількох наступних рішеннях ЄСПЛ підтримав та дещо уточнив своє розуміння принципу “еквівалентного захисту прав людини”, зокрема щодо дотримання обов’язків, які випливають зі ст. 6 ЄКПЛ (рішення у справі *Kokkelvisserij v. the Netherlands*).

У справі *Mss v. Belgium and Greece* ЄСПЛ розглядав звернення особи афганської національності проти Бельгії на основі Регламенту Дублін II.

³¹ Gaja (n 30) 182.

³² ECHR Reports 2005 – VI 107, 152 (para 137).

³³ Case of *Mss v. Belgium and Greece*, Appl. № 30696/09, Judgement of 21 January.

³⁴ ECHR Reports 2005 – VI 107, 152 (para 137).

Бельгійська влада вжила заходів із вислання заявника до Греції, куди, за його словами, він не повинен був бути висланий через випадки нелюдського та принизливого ставлення до тих, хто звертається за отриманням притулку. ЄСПЛ виступив проти Бельгії, оскільки 'регламент ЄС у цьому разі надає державі певну самостійність у діях, яку вона не використала'. Відтак ЄСПЛ зазначив, що 'підхід, вироблений у справі *Bosphorus v. Ireland*, не може застосовуватися'³⁵.

Отож, якщо на стадії оцінки прийнятності індивідуальної скарги щодо порушення прав людини державою – членом ЄС у контексті виконання нею обов'язків, які випливають із законодавства ЄС, ЄСПЛ дійде висновку, що слід застосувати принцип "еквівалентного правового захисту", порушена у скарзі проблема захисту прав людини вкотре залишається у царині Суду ЄС. Чи сприятиме такий підхід повноцінному захисту прав людини? Видається, що знайти відповідь на це запитання буде легко.

Що стосується індивідуальних звернень проти самого ЄС (незважаючи на те, що така можливість захисту прав людини відкривається після підписання Договору про приєднання) видається, що кількість таких звернень з огляду на специфічний правопорядок ЄС, зокрема щодо прийняття рішень і розподілу владних повноважень між державами – членами ЄС та його органами, не буде великою.

Наведений вище аналіз положень проекту Договору про приєднання ЄС до ЄКПЛ, на нашу думку, дає змогу констатувати максимальне врахування інтересів ЄС у площині збереження унікального (*sui generis*) правового порядку ЄС, розподілу компетенції між його інституціями та державами-членами, а також втручання будь-яких "небажаних" суб'єктів у правову систему ЄС. Ба більше, проект Договору про приєднання, образно висловлюючись, настільки філігранно оминає слабкі питання захисту прав людини інституціями та державами – членами ЄС, що складається враження про документ у формі протоколу про наміри, а не договір, спрямований на породження конкретних правових наслідків.

Здавалося, що у такому формулюванні Договір про приєднання мав би у найближчому майбутньому набрати юридичної сили і надати ЄС повної легітимності в обговоренні з іншими державами питань дотримання прав людини. Утім, всупереч будь-яким очікуванням 18 грудня 2014 р. Суд ЄС прийняв Висновок 2/13 щодо невідповідності Договору про приєднання ЄС до ЄКПЛ установчим договорам ЄС, у результаті чого приєднання ЄС до ЄКПЛ відкладається на невизначений термін³⁶.

³⁵ Case of *Mss v. Belgium and Greece* (n 33).

³⁶ К Энтин, 'Присоединение Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: анализ Заключения Суда ЕС 2/13' (2015) 3 Сравнительное Конституционное обозрение 83-91.

Докладний аналіз цього Висновку очевидно потребує окремого наукового дослідження. Однак варто звернути увагу, що головні аргументи, які Суд ЄС поклав в основу свого негативного рішення, як не парадоксально, є саме ті проблеми, які розробники документа намагалися вичерпно передбачити та врегулювати: 1) забезпечення принципу верховенства права ЄС; 2) принцип добросовісного співробітництва та автономії права ЄС; 3) принцип монополії Суду ЄС на вирішення конфліктів; 4) проблема залучення ЄС або держави-члена як співвідповідачів³⁷.

Висновки. Реалізація положень Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, вимагає від України, поряд з іншим, освоєння правової системи ЄС, зокрема юридичних норм щодо гарантування основоположних прав і свобод. Система юридичного забезпечення прав людини у праві ЄС пройшла тривалий шлях становлення та розвитку: від первісного заперечення необхідності визнання таких прав до прийняття окремого міжнародного акта – Хартії ЄС, наділеної юридичною силою установчих договорів ЄС. Проте, незважаючи на значну історію свого становлення та розвитку, підстав дійти висновку, що нині система захисту прав людини в ЄС є остаточно сформованою і не потребує суттєвого удосконалення, вочевидь немає.

Європейський законодавець не обмежився наданням нормам Хартії ЄС сили установчих договорів, він включив до Лісабонського договору обов'язок ЄС приєднатися до ЄКПЛ, чим, власне, створив складну ситуацію юридичного дуалізму чинного та перспективного врегулювання статусу стандартів прав і свобод людини в ЄС. З одного боку, нині норми Хартії ЄС та встановлені на її основі Судом ЄС стандарти прав і свобод людини мають вищу юридичну силу в правовій системі цього міжнародного формування, а з другого – за умов виконання обов'язку приєднання ЄС до ЄКПЛ, вищим ступенем обов'язковості у питаннях визначення європейських стандартів прав людини у правовій системі ЄС володітиме ЄКПЛ, застосована у відповідній практиці ЄСПЛ. Для України відповідь на запитання – які тенденції в юридичному забезпеченні прав людини переважають у ЄС? – впливатиме на вирішення питання щодо оптимальних шляхів наближення законодавства України до права ЄС. Якщо сьогодні у практиці Суду ЄС вирішальне значення надається нормам Хартії ЄС, і при цьому Суд ЄС здійснює автономне тлумачення навіть тих норм Хартії ЄС, які передбачають права людини, однойменні з правами, закріпленими у ЄКПЛ, – виникає потреба докорінної адап-

тації праволюдного законодавства України до стандартів прав людини ЄС. Якщо ж, незважаючи на надання нормам Хартії ЄС формально обов'язкового характеру, ЄКПЛ і практика її застосування ЄСПЛ зберігають високий юридичний статус у практиці Суду ЄС – для України пріоритетне значення зберігають обов'язки, які випливають із ратифікації ЄКПЛ та визнання для себе обов'язковими рішень ЄСПЛ.

Приєднання ЄС до ЄКПЛ, як це передбачено положеннями Лісабонського договору, могло би покласти край процесу формування подвійної системи стандартів прав людини у праволюдній практиці Суду ЄС та ЄСПЛ, навіть привести у підсумку до гармонізації праволюдних стандартів РЄ та ЄС, але негативне рішення Суду ЄС 2/13 від 18 грудня 2014 р. зупинило такий процес на невизначений строк. Продовжити процес приєднання ЄС до ЄКПЛ можна буде, як нам видається, після суттєвого доопрацювання Договору про приєднання і внесення змін до установчих договорів ЄС.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Nanette N and Allan R, *The European Union and Human Rights* (Kluwer Law International 1995) (in English).
2. Dobrianskiy S, *Aktualni problemy zahalnoi teorii prav liudyny [Actual Problems of the General Theory of Human Rights]* (Astron 2006) (in Ukrainian).
3. Opryshko V, *Pravo Jevropejskogo Sojuzu [European Union Law]* (KNEU 2002) (in Ukrainian).

Edited books

4. Gaja G, 'Accession to the ECHR' in Biondi A and Eeckhout P and Ripley S, *EU Law After the Lisbon Treaty* (Oxford University Press 2012) (in English).
5. Scheeck L, 'Constitutional activism and fundamental rights in Europe: common interests through transnational socialization' in Rowell J and Mangenot M (eds), *Political Sociology of the European Union. Reassessing Constructivism* (Manchester University Press 2010) (in English).
6. 'Dogovor o funkcionirovanii Evropejskogo Sojuzu' ['Treaty on the Functioning of the European Union'] v *Evropejskij Sojuz: Osnovopolagajushhie akty v redakcii Lissabonskogo dogovora s komentarijami [European Union: Fundamental Acts as Amended by the Lisbon Treaty with Comments]* (Izda-vo INFRA – M 2008) (in Russian).
7. *Hartja Jevropejskogo Sojuzu ob osnovnuh pravah. Komentarij [Charter of Fundamental Rights of the European Union. Comment]* (Kashkin S red, Jurisprudencija 2001) (in Russian).

Journal articles

8. De Burca G, 'After the EU Charter of Fundamental Rights: The Court of Justice as a Human Rights Adjudicator?' (2013) 20 Maastricht Journal of European and Comparative Law 3-5 (in English).
9. Belova G, 'Institucionalnuye i procesualnuye problem, svjazannuye s prisojedineniem Jevropejskogo Sojuza k Jevropejskoi Konvenciju o zashite prav cheloveka i osnovnuh svobod' ['Institutional and Procedural Challenges Related to the Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms'] (2013) 3 Pravo Ukrainu 109-13 (in Russian).
10. Entin K, 'Prisojedinenie Jevropejskogo Sojuza k JEKPCCH' ['Accession of the European Union to the ECHR'] (2012) 3 Jevropejskoje Pravo 111-23 (in Russian).
11. Entin K, 'Prisojedinenie Jevropejskogo Sojuza k Jevropejskoi Konvenciju o zashite prav cheloveka I osnovnuh svobod: analiz zaključenija Suda Jes 2/13' ['Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Analysis of the Opinion of the EU Court 2/13'] (2015) 3 Sravnitelnoje Konstitucionnoe Obozrenije 83-91 (in Russian).
12. Ispolinov A, 'Praktika JEKPCCH v otnoshenij Jevropejskogo Sojuza: nekotoruje uroki dlja JEvrAzejes' ['Practice of the ECHR with Regard to the European Union: Some Lessons for the EEC'] (2012) 3 Jurnal zarybegnogo zakonodatelstva I sravnitel'nogo pravovedenija 112-4 (in Russian).
13. Tabushka S, 'Razvitije zashitu prav cheloveka v ramkah pravovoy sistemu Jevropejskogo Sojuza' ['Development of Human Rights Protection within the Framework of the European Union's Legal System'] (2013) 3 Pravo Ukrainu 100-7 (in Russian).

Sviatoslav Dobrianskiy

HUMAN RIGHTS IN THE EUROPEAN UNION:
OPPORTUNITIES TO IMPROVE LEGAL GUARANTEES

ABSTRACT. To implement the provisions of the Association Agreement with the European Union (EU), Ukraine should master the legal standards of human rights and freedoms of this international institution. In EU law, the system of legal guarantees of human rights has gone a long way of establishment and development: from the initial denial of the need to recognize such rights to the adoption of a separate international act – the Charter of Fundamental Rights of the European Union (EU Charter) which is endowed with the legal force of the EU founding treaties.

However, despite the considerable history of its establishment and development, there are no sufficient grounds to argue that today the system of human rights protection in the EU is finally formed and does not need significant improvement. The European legislator did not settle on endowing the EU Charter norms with the force of the founding treaties but also incorporated into the Lisbon Treaty the obligation of the EU to accede to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), and thus actually created a difficult situation of legal dualism as regards current and prospective regulation of the status of the human rights and freedoms standards in the EU. On the one part, the EU Charter norms and the human rights and freedoms standards established by the EU Court on their basis take precedence in the legal system of this international institution, but on the other part, subject to fulfillment of the obligation of

the EU accession to the ECHR, a higher degree of supremacy in respect of determining the European human rights standards in the EU legal system will go to the ECHR as applicable in the relevant case law of the European Court of Human Rights.

For Ukraine, the answer to the question – which trends in the legal guarantees of human rights are prevailing in the EU? – will have an impact on resolving the issue of searching for optimal legal instruments to approximate Ukraine’s legislation to EU law.

The purpose of the article is to study the consistent patterns, features, and challenges of legal guarantees of rights and freedoms in the EU with a view to a more efficient approximation of Ukraine’s legal system to the EU legal system. The author investigates the establishment and development peculiarities of the institution of human rights in the EU. The article analyzes the norms of the EU Charter as the principal legal instrument to ensure human rights in this institution, and also the prospects for improving the legal guarantees of rights and freedoms in the EU, given the drafting of the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

KEYWORDS: human rights; European Union; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; Charter of Fundamental Rights of the European Union.



Олег Панкевич

кандидат юридичних наук, доцент,
старший науковий співробітник
Львівської лабораторії прав людини і громадянина
Науково-дослідного інституту державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН України,
доцент кафедри адміністративно-правових дисциплін
Львівського державного університету внутрішніх справ
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6636-1330>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/E-4713-2016>
pankevych9@gmail.com

УДК 340.12+342.7

КОНЦЕПТ МУЛЬТИКУЛЬТУРАЛІЗМУ КРИЗЬ ПРИЗМУ ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ НАЦІОНАЛЬНИХ МЕНШИН

АНОТАЦІЯ. Усталене розуміння поняття “народовладдя” як належності всієї повноти влади в межах території держави народів нині вже вимагає, як видається, врахування викликів глобалізації та масової міграції. Глобалізація, яка сприяє розмиванню етнокультурної ідентичності, загалом не знищує етнічного чинника, не спричиняє повної уніфікації соціокультурної сфери. Одним із перспективних варіантів забезпечення міжкультурного діалогу, вирішення правових протиріч та досягнення взаєморозуміння в умовах подекуди вимушеного співіснування носіїв різноманітних етнокультурних ментальностей, є ідея та політико-правова концепція мультикультуралізму.

Метою статті є філософсько-правовий і загальнотеоретичний аналіз природи та різновидів мультикультуралізму кризь призму проблеми забезпечення прав національних меншин.

Важливим практичним моментом є загальна спрямованість комунітаризму на захист прав етнічних, конфесійних та інших меншин, що до певної міри зближує комунітаризм із мультикультуралізмом. Водночас еволюція позиції частини лібералів від неприйняття до схвалення правової політики мультикультуралізму є результатом впливу комунітарної парадигми та наочним доказом синтезу й конвергенції обох філософських напрямів і появи нового концептуально модифікованого політико-правового “гібриду” – ліберального комунітаризму.

Наголошено на тому, що за аналогією із “сімейством лібералізмів” можна вести мову про “сімейство мультикультуралізмів”, маючи на увазі неможливість (а ймовірно, й недоцільність) створення єдиної для всього глобального соціуму концепції мультикультуралізму. Як діахронно, так і географічно соціальні відмінності можуть бути дуже суттєвими. Мультикультуралізм як політико-правова концепція і як правова політика може бути ефективним лише щодо конкретної держави в конкретно-історичних умовах. У зв'язку з цим надзвичайно важливим є питання щодо вибору тієї чи іншої моделі, або ж навіть унікального локального варіанта мультикультуралізму.

Поняття мультикультуралізму не може використовуватися для опису емпіричної соціальної реальності відокремлено від нормативного підходу. Розрізнення

дескриптивного/нормативного у мультикультуралізмі є вираженням класичної дихотомії суцього/належного, яка є однією з базових категоріальних пар для філософії права та моралі. Схематично аналізовану категорію можна означити 1) як ідею (належне, повинне) і 2) як втілення цієї ідеї (сущє). Отже, є ідея “мультикультуралізму” і, відповідно, є соціальна реальність, яка до певної міри є втіленням цієї ідеї в життя. Під таким кутом зору про дескриптивний підхід варто говорити лише у контексті втілення нормативного підходу, але жодним чином не окремо чи навіть у сукупності з останнім. Зі свого боку необхідність уваги до нормативних аспектів мультикультуралізму, до “правового мультикультуралізму” викликає потребу спеціальних досліджень у межах правничих дисциплін, насамперед – філософії права.

Ключові слова: мультикультуралізм; права меншин; лібералізм; комунітаризм; ліберальний комунітаризм.

Одним із фундаментальних політико-правових принципів організації та функціонування сучасних демократичних держав є положення, проголошене у п. 3 ст. 21 Загальної декларації прав людини 1948 р. (далі – Декларація): ‘Воля народу (*the will of the people*) повинна бути основою влади уряду’¹. Очевидно, що це положення є визначальним, центральним у концепції народовладдя, яка за своїм змістом є надзвичайно багатаспектною та багатогранною. Зокрема, як слушно зазначає О. Петришин:

Юридична проблематика демократії охоплює також питання законодавчого регулювання підпорядкованості меншості більшості та реалізації прав меншості, організації і функціонування органів державної влади на демократичних засадах, забезпечення та захисту прав і свобод людини і громадянина, гарантування незалежності суду².

Водночас усталене і таке звичне розуміння поняття “народовладдя” як ‘належності усієї повноти влади в межах території держави народові <...>’³ нині вже вимагає, як видається, врахування викликів глобалізації та масової міграції.

¹ Universal Declaration of Human Rights 1948 <<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>> (accessed: 04.06.2019).

² О. Петришин, ‘Народовладдя як фундамент демократичної, правової, соціальної держави’ (2009) 4 Вісник Академії правових наук України 28.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини дев’ятої статті 61, частини третьої статті 105 Закону України ‘Про вибори народних депутатів України’, пункту 3 розділу II ‘Прикінцеві та перехідні положення’ Закону України ‘Про внесення змін до Закону України ‘Про вибори народних депутатів України’” щодо виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку партії у багатомандатному окрузі” (справа про виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку політичної партії) від 21 грудня 2017 р. № 3-р/2017 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-17>> (дата звернення: 02.07.2019).

Із кожним днем метафоричний “Великий китайський мур” між різними державами та різними культурами продовжує руйнуватися дедалі швидше. У далекій перспективі, гадаємо, глобалізаційні процеси такі призведуть до створення нерозділеного кордонами та іншими штучними перешкодами, єдиного і цілісного “мегасуспільства”, ім’я якого – людство. Проте, станом на сьогодні, дозволимо собі констатувати, що глобалізація, яка за певних обставин і до певної міри може сприяти деякому розмиванню етнокультурної ідентичності, загалом не знищує етнічного чинника, не спричиняє повної уніфікації соціокультурної сфери. Ба більше, оскільки нині до широко визнаних основних колективних прав належить право різних спільнот на захист своєї ідентичності, однією з актуальних тем загальнотеоретичної юриспруденції є проблематика ідентичності як одного з системоутворюючих елементів людських колективних прав. Особливо цікавим цей аспект є для дослідження політико-правових і філософсько-правових проблем на матеріалі мультикультурних суспільств Західного світу, де внаслідок процесів імміграції під час зустрічі різних культур відбувається зіткнення двох систем цінностей: західної, що виходить із концепту людини як індивіда, і східної, що розглядає людину передовсім як складову великої родини.

Архетип “свої – чужі”, що був, як прийнято вважати, одним із визначальних у системі традиційної регуляції, продовжує функціонувати і в наш час, у постмодерну добу. Згідно зі звітом Програми розвитку Організації Об’єднаних Націй (PNUD) близько мільярда осіб, тобто кожен сьомий житель Землі, належить до групи, що в тій чи іншій формі є жертвою “виключення” за етнічною, расовою, релігійною або, більш широко, “культурною” ознакою⁴.

Усе це спричиняє закономірне посилення інтересу до концепцій, які могли б бути покладені в основу практичних рішень щодо уможливлення ‘повної свободи для всіх особистостей, усіх суспільств стосовно способу життя, самовираження, що забезпечує свободу їхнім особистим рисам у контексті поваги до інших’⁵. Одним із можливих перспективних варіантів забезпечення міжкультурного діалогу, “толерантизації” міжкультурних відносин, вирішення протиріч та досягнення такого бажаного взаєморозуміння в умовах подекуди вимушеного співжиття, співіснування представників і носіїв різноманітних етнокультурних ментальностей, є концепт мультикультуралізму.

⁴ Цит. за: С Дрожжина, ‘Мультикультуралізм: теоретичні і практичні аспекти’ [2008] 3(30) Політичний менеджмент 96.

⁵ Мультикультурне суспільство та європейська культурна ідентичність: Декларація Ради Європи. 6-та Конференція європейських міністрів, відповідальних за питання культури “Мультикультурне суспільство: виклик культурній політиці” (Палермо, Італія, 25-26 квітня 1990 року) <<http://www.coe.kiev.ua/docs/km/conf6.htm>> (дата звернення: 02.07.2019).

Питанням змісту та моделям мультикультуралізму присвячені праці таких вітчизняних та іноземних дослідників, як Н. Висоцька, Н. Глейзер, С. Дрожжина, К. Йопке, В. Кимлічка, А. Колодій, Ч. Кукатас, С. Максимов, Б. Парекх, Ч. Тейлор, Г. Терборн, І. Честнов. Проте, зважаючи на складність і багатогранність означених питань, доводиться констатувати про нагальну потребу у подальших наукових розвідках із цієї проблематики.

Метою додження є філософсько-правовий та загальнотеоретичний аналіз природи й різновидів мультикультуралізму кризь призму проблеми забезпечення прав національних меншин.

Феномен мультикультуралізму: сучасні інтерпретації

Термін “мультикультуралізм”, без якого сьогодні важко уявити лексикон соціальних наук, набув популярності у Західному світі у 80-ті роки ХХ ст. Очевидно, що він був вже тоді, так само як є і в наш час, багатоаспектним, багатогранним і навіть, відверто кажучи, – доволі розпливчастим, “туманним”. Користуючись комп’ютерним сленгом, можна порівняти поняття “мультикультуралізм” із файлом, натомість сам термін – із “ярликом”, *покажчиком* файлу. Зрозуміло, що зміст, наповнення “файлу” залежить від позиції (зокрема світоглядно-методологічної) того чи іншого дослідника.

Серед усіх інтерпретацій мультикультуралізму у науковій літературі виділяються два родових значення терміна, щодо яких інші можна вважати похідними та видовими. По-перше, так все частіше позначають факт культурної неоднорідності соціуму, групи, колективу, соціального осередку, культурного явища. У цьому випадку “мультикультуралізм” виступає просто синонімом добре відомих категорій культурного розмаїття, культурної гетерогенності, співіснування або взаємодії культур, культурної поліфонії тощо. У другому (а насправді первісному, самостійному, а отже, головному) значенні мультикультуралізм – це філософсько-політична ідейна система, яка постулює культурну неоднорідність як стрижневий принцип організації соціуму. Це суто сучасний концепт як за історичним контекстом свого виникнення, так і за ідейно-ціннісним навантаженням, який він несе. Адже в своїй логіці це концепт глибоко постмодерністський, навіть якщо він парадоксальним чином стимулює проникнення у західні “постмодерністські” суспільства елементів раннього модерну, домодерну та архаїки⁶.

⁶ Е Нарочницкая, ‘Мультикультуралізм как философско-политическая концепция’ (Перспективы, 12.12.2013) <http://www.perspektivy.info/book/multikulturalizm_kak_filosofsko-politicheskaja_konceptija_2013-12-12.htm> (дата звернення: 02.07.2019).

Олег Панкевич

Із щойно вказаною позицією фактично солідаризується вітчизняна дослідниця С. Дрожжина, виокремлюючи *дескриптивні* (‘співіснування в єдиному політичному суспільстві кількох помітних культурних груп, які бажають і, в принципі, здатні відтворювати свою специфічну ідентичність’) та *нормативні* ознаки мультикультуралізму. При цьому нормативний підхід, за її словами, стверджує ‘виправданість і необхідність для сучасних суспільств докладати зусиль у напрямку підтримки й сприяння матеріальному й духовному процвітанню різних культурних груп, а також поваги до їх ідентичності’⁷. Прикметно, що в іншій своїй праці авторка формулює дефініцію поняття “мультикультуралізм”, спираючись, по суті, саме на нормативний підхід:

<...> це стан, процеси, погляди, політика культурно неоднорідного суспільства, орієнтовані на свободу вираження культурного досвіду, визнання культурного різноманіття; культурний, політичний, ідеологічний, релігійний плюралізм, визнання прав меншин як на суспільному, так і на державному рівні⁸.

Загалом із концептуальними міркуваннями, котрі були наведені у попередніх двох абзацах, можна погодитися. Однак, на нашу думку, саму наявність полікультурного суспільства (без чітких “нормативних” ознак) навряд чи можна взагалі означити терміном “мультикультуралізм” у його строгому розумінні.

Слід також приділити увагу аналітичному узагальненню шведського соціолога Г. Терборна, який зазначав:

Поняття “мультикультурність” і “мультикультуралізм” вживаються зазвичай в трьох контекстах. Один із них політичний, у межах якого наводяться аргументи “за” або “проти” політики мультикультуралізму та відповідного способу управління, причому як прихильники, так і противники користуються цим терміном. Саме в цьому контексті в Канаді в 1960-ті роки і зародилося це поняття. Інший контекст – емпіричний, дескриптивний або аналітичний. Він має місце в наукових працях і в громадських дебатах, які зачіпають різні прояви культурної неоднорідності суспільства, і найбільш тісно пов’язаний із появою “мультикультурних суспільств”. Третій контекст відноситься до соціальної і політичної філософії, до питань соціального і політичного порядку і прав людини в умовах неоднорідності культури того чи іншого суспільства⁹.

www.pravola.com.ua

⁷ Дрожжина (н 4) 97.

⁸ С Дрожжина, *Культурна політика сучасної полікультурної України: соціально-філософський та правовий аспекти* (ДонДУЕТ 2005) 94.

⁹ Г Терборн, ‘Мультикультурные общества’ [2001] 1(1) Социологическое обозрение 51.

На наше переконання, всі три зазначені контексти є тісно взаємопов'язаними між собою. Емпіричний контекст виступає необхідною базою для двох інших. Водночас філософське підґрунтя, гадаємо, є одним із визначальних чинників як під час громадського обговорення, так і в процесі політичного урядування в полікультурних суспільствах.

На думку Н. Висоцької, численні визначення мультикультуралізму можна згрупувати у кластери навколо кількох провідних тлумачень цього явища: *демографічно-описове*, яке констатує наявність у суспільстві чи державі етнічно або расово різноманітних сегментів; *програмно-політичне*, що має на увазі конкретні типи програм і політичних ініціатив, призначених реагувати на етнічне розмаїття (саме в такому сенсі термін “мультикультуралізм” був уперше вжитий у доповіді канадської Королівської комісії з питань білінгвізму та бікультуралізму у 1965 р.). Такий підхід має на меті врахування інтересів різних національних груп і забезпечення для них певного ступеня визнання та самостійності, водночас зберігаючи відповідне бачення національної єдності; *ідеологічно-нормативне* – як гасло чи модель політичного активізму, який ґрунтується на соціологічних та етико-філософських ідеях щодо місця людей із культурно відмінними ідентичностями в суспільстві; *соціально-трансформативне*, спрямоване на викорінення расизму, націоналізму, сексизму, гомофобії та здобуття рівності для всіх груп суспільства, тощо; *історико-культурне*, що наголошує, зокрема у США, на важливості вивчення та розуміння якомога більшої кількості культур і взаємодії між ними заради кращого усвідомлення природи американської культури¹⁰. Зазначимо, що свою оцінку демографічно-описового кластера ми вже озвучили вище, коли йшлося про, як видається, синонімічні категорії – емпіричний контекст (за термінологією Г. Терборна) та дескриптивні ознаки (за термінологією С. Дрожжиної). Водночас програмно-політичне, ідеологічно-нормативне та соціально-трансформативне тлумачення, хоча й мають поодиночі певний евристичний потенціал для поглибленого дослідження явища мультикультуралізму, гадаємо, можуть без значних методологічно-пізнавальних втрат бути об'єднані в один, умовно кажучи, “нормативний кластер”. Адже саме нормативність уявляється тим “спільним знаменником”, необхідним елементом, без якого неможливо здійснити ані соціальне трансформування, ані заходи, передбачені політичними програмами.

Коректність нашої позиції опосередковано підтверджують і міркування професора політичної теорії Лондонської школи економіки Ч. Куката-

¹⁰ Н. Висоцька, ‘Концепція мультикультуралізму і питання естетики’ (2009) 77 Питання літературознавства 111-2.

Олег Панкевич

са, який виокремлює п'ять можливих варіантів реакції державних органів на проблему культурного багатоманіття: ізоляціонізм, асиміляторство, “м'який” мультикультуралізм, “жорсткий” мультикультуралізм й апартеїд¹¹. Інакше кажучи, емпіричний факт полікультурного суспільства може мати наслідком не лише політику, власне, мультикультуралізму, а спричинити, принаймні, ще три інших можливих варіанти розвитку подій.

Відомий американський соціолог Н. Глейзер визначає мультикультуралізм в умовах США як позицію

щодо расової та етнічної багатоманітності, яка відкидає асиміляцію та уявлення про “плавильний казан” (*melting pot*) як нав'язані панівною культурою і надає перевагу таким метафорам, як “салатниця” (*salad bowl*) або “яскрава мозаїка”, в яких етнічний і расовий елемент населення зберігає свою чітку відмінність¹².

Прикметно, що термін “мозаїка” у контексті, який розглядається, наскільки нам відомо, вперше був ужитий Дж. Гіббоном у 1938 р. у монографії “Канадська мозаїка”¹³. Географічна прив'язка цієї “піонерської” розвідки видається цілком закономірною, адже саме Канада є першою у всіх відношеннях (як хронологічно, так і за рівнем розвитку нормативних ознак) “мультикультурною” державою у власному розумінні цього слова. Згадаймо, що вже в 1971 р. “мультикультуралізм” став офіційним терміном, який позначав новий урядовий курс цієї держави (з гаслом “єдність у багатоманітності”). У червні 1988 р. парламентом був ухвалений Канадський акт мультикультуралізму. Відповідно до п. 3 (1 (b)) цього нормативно-правового документа політика Уряду Канади ‘повинна визнати і сприяти розумінню того, що мультикультуралізм є фундаментальною характеристикою канадської спадщини та ідентичності, і що він забезпечує безцінний ресурс у формуванні майбутнього Канади’¹⁴.

Розрізнення дескриптивного/нормативного вимірів мультикультуралізму є вираженням дихотомії суцього/належного як базових категоріальних пар у філософії права та етиці. Відтак схематично аналізоване поняття можна означити як: 1) нормативно-ціннісну ідею (належне, повинне); 2) втілення цієї ідеї в соціальній практиці (мультикультурна

¹¹ Ч Кукатас, “Теоретические основы мультикультурализма” (*Полит.ру*, 27.05.2007) <<https://polit.ru/article/2007/05/27/multiculturalism>> (дата звернення: 03.07.2019).

¹² N Glazer, *We Are All Multiculturalists Now* (Harvard University Press 1997) 10.

¹³ J Gibbon, *The Canadian Mosaic. The Making of a Northern Nation* (Published by McClelland & Stewart Limited 1938) 437.

¹⁴ Canadian Multiculturalism Act. An Act for the preservation and enhancement of multiculturalism in Canada. R.S.C. 1985, c. 24 (4th Supp.). Published by the Minister of Justice <<http://laws-lois.justice.gc.ca>> (accessed: 04.06.2019).

соціальна реальність – суще). Гадаємо, що під таким кутом зору про дескриптивний підхід до розуміння мультикультуралізму може йтися лише у контексті втілення нормативного підходу. Підтвердженням справедливості таких умовиводів може слугувати, зокрема, факт існування в етнічно та расово різноманітній (*дескриптивна* ознака) Південно-Африканській Республіці режиму апартеїду (1948–1991 рр.), офіційна політика якого (спрямована на расову дискримінацію, сегрегацію та гноблення) є, вочевидь, цілковитим антиподом мультикультуралізму.

Філософське підґрунтя прав меншин: деякі сучасні підходи

Важливим питанням у контексті нашої розвідки є питання про філософське підґрунтя мультикультуралізму, а отже – і про філософське підґрунтя прав меншин. Гадаємо, що перспективним у зв'язку з цим є розгляд феномену мультикультуралізму через призму дихотомії “лібералізм – комунітаризм”, яка, на думку автора, є центральною дихотомією для сучасної європейської та американської політико-правової філософії¹⁵.

Насамперед зазначимо, що з позиції прихильників мультикультуралізму ця доктрина відповідає на такі виклики епохи постмодерну, як:

– необхідність примирити (узгодити) мету національної єдності та наявну і все більш поцінюване етно-расовокультурне різноманіття населення країн світу в епоху глобалізації;

– неприйнятність асиміляторських методів соціальної інтеграції через зміни в суспільній свідомості (свідомості етнічних меншин), адже цей шлях інтеграції пов'язаний зі значним придушенням;

– зрушення у суспільствознавчому дискурсі в бік “іншого”, “часткового”, “специфічного”, переключення інтересу з цілого на частину, з норми на відхилення (девіацію);

– поява нових морально-психологічних установок, що впливають зі зрослої чутливості всіх груп населення, зокрема й іммігрантів та національних меншин, до питань людської гідності; незгода миритись із придушенням, гнобленням чи навіть домінуванням; вимога визнання їхньої культури і їхніх прав та реального дотримання принципу однакового ставлення¹⁶. Як бачимо, багато наведених позицій відповідають уявленням апологетів *комунітаристської* парадигми.

Натомість *ліберальна критика* мультикультуралізму включає в себе такі аргументи. По-перше, ця правова політика забезпечує державну

¹⁵ Олег Панкевич, ‘Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії’ [2013] 3(4) Право і громадянське суспільство 122-34.

¹⁶ Антоніна Колодій, ‘Американська доктрина мультикультуралізму і етнопатристський розвиток України’ (2008) 6 Агора 10.

Олег Панкевич

підтримку не так культурам, як громадам і групам, які необґрунтовано беруть на себе місію представництва інтересів усього етносу або релігії. По-друге, державне спонсорування громад стимулює розвиток групою комунітарної (общинної) ідентичності, пригнічуючи індивідуальну. Така політика закріплює владу громади над індивідом, позбавленим можливості вибору. По-третє, мультикультуралізм штучно консервує традиційно-общинні відносини, перешкоджаючи індивідуальній інтеграції представників різних культур у громадянське суспільство. У багатьох країнах Європи і в США відомі численні випадки, коли люди, що втратили свою етнічну або релігійну ідентичність, змушені були повертатися до неї тільки тому, що уряд спонсорує не культуру, а громади (їх школи, клуби, театри, спортивні організації тощо). По-четверте, головним недоліком правової політики мультикультуралізму є те, що вона провокує сегрегацію груп, породжуючи штучні кордони між громадами і формуючи своєрідне гетто на добровільній основі¹⁷.

У межах “європейського мультикультуралізму” одностороння толерантність приймаючої спільноти перетворилася, за словами Н. Саркозі, в турботу про ідентичність іммігранта при нестачі інтересу до ідентичності приймаючої країни. Водночас “мультикультурне фіаско” за “ізоляцію” емігрантських груп критикував і Прем’єр-міністр Великої Британії Д. Кемерон. Останній наголошував, що заохочення розмаїття призвело в Британії не до мультикультурності діалогу, а до сегрегації:

У межах доктрини державного мультикультуралізму ми заохочували представників різних культур жити окремим життям, далеко один від одного і від мейнстриму. Ми не змогли надати такого бачення суспільства, до якого вони хотіли б належати. Ми навіть були толерантні до того, що ці сегреговані громади поведуться таким чином, який повністю суперечить нашим цінностям¹⁸.

Небезпека етнокультурної фрагментації соціуму, існування “паралельних” суспільств в одній державі, спричинене зіткненням цінностей приймаючої європейської країни й іммігрантів, зокрема тих, що мають мусульманську ідентичність, безумовно, заслуговує на прискіпливу увагу. Однак, гадаємо, що широко відома серія офіційних заяв на найвищому рівні про “крах мультикультуралізму”, з якими в 2010–2011 рр. виступили А. Меркель, Д. Кемерон та Н. Саркозі, все ж свідчила радше про очевидні прорахунки та недоліки лише певної моделі мультикульту-

www.pravo.ua.com.ua

¹⁷ В Назаров, *Теория и практика мультикультурализма в странах Запада: учебное пособие* (Изд-во Урал ун-та 2015) 34.

¹⁸ Цит. за: Р Бараш, ‘Кризис мультикультурализма в зеркале социологической теории’ [2016] 22(2) Социологический журнал 34.

ралізму, а не про його повне фіаско як доктрини загалом. Видається, що мультикультуралізм – як політико-правову ідею і соціально-філософську концепцію – ще занадто рано “списувати” в архів світової історії. Зі свого боку “життєздатність” цього феномену завдячує, як видається, тому, що він “підживлюється” ідеями водночас двох потужних філософсько-світоглядних течій сучасності, про які ми вже згадували, – комунітаризму та лібералізму.

При цьому, на перший погляд, комунітаризм виглядає більш явно, експліцитно відповідним, адекватним філософським підґрунтям правової політики мультикультуралізму. Така теза впливає вже з того, що визначальним, вихідним, базовим терміно-поняттям комунітарного світогляду є “спільнота (*community*)”, права якої неможливо звести до сукупності прав її членів.

Для підтвердження цього звернімося до праць авторитетного канадського ученого В. Кимлічки, який недвозначно визначав перший етап розвитку мультикультуралізму (до 1989 р.) як “комунітаризм”:

Якщо ти ліберал і захищаєш індивідуальну автономію, то будеш противником мультикультуралізму як непотрібного і небезпечного відступу від належного наголосу на індивідуальність. Навпаки, для комунітариста мультикультуралізм – це правомірний спосіб захисту співтовариств від руйнівних впливів індивідуальної автономії та утвердження цінності співтовариства. <...> Таким чином, захисники мультикультуралізму спочатку тягнулися до комунітаризму як можливого філософського підґрунтя прав меншин. І навпаки, <...> природна еволюція комунітаризму йшла в напрямку деякої форми мультикультуралізму¹⁹.

Проте, на думку цього дослідника, вже на другому етапі проблеми мультикультуралізму здебільшого дискутуються у межах, “координатах” лібералізму:

<...> є життєво важливі інтереси, пов’язані з культурою та ідентичністю, які можна повністю поєднати з ліберальними принципами свободи і рівності (курсив наш. – О. П.) і які виправдовують наділення меншин особливими правами. Ми можемо це назвати позицією “ліберального культуралізму”²⁰.

При цьому важливим застереженням є те, що ‘ліберальний культуралізм відкидає ідею про те, що групи можуть правомірно обмежити

¹⁹ Уилл Кимличка, *Современная политическая философия: введение* (Издательский дом Гос. Ун-та – Высшей школы экономики 2010) 425.

²⁰ Там само 429.

Олег Панкевич

громадянські чи політичні права своїх членів в ім'я збереження чистоти або автентичності культури і традицій групи²¹.

Остання теза знаходить ширше роз'яснення в іншій праці²² В. Кимлічки, де він зосереджується на аналізі природи колективних прав національних меншин. По-перше, канадський філософ визнає, що навіть після Другої світової війни

багато хто з лібералів сподівався, що наголос на “права людини” дасть змогу вирішити й проблеми, пов'язані з правами меншин. Замість того, щоб захищати найбільш вразливі групи прямо, через надання їхнім членам спеціальних прав, передбачалося, що права етнічних меншин будуть захищатися опосередковано, через гарантування основних громадянських і політичних прав усім людям, незалежно від їхньої належності до певної групи²³.

Власне, з огляду на цю філософію у Декларації не були включені згадки про права етнічних і національних меншин.

Очевидно, що Декларація була відображенням політико-правової ідеології саме лібералізму. Тому (враховуючи ліберальний постулат щодо пріоритетності індивіда перед колективом) не дивно, що цей документ проголосив права особи, практично залишивши поза увагою права спільнот. Проте, на нашу думку, деякі терміно-поняття, що містяться у Декларації, зокрема: “члени людської сім'ї”, “совість людства” (преамбула), “в душі братерства” (ст. 1), “сім'я” як “природний і основний осередок суспільства” (ст. 16), “воля народу” (ч. 3 ст. 22), “кожна людина, як член суспільства” (ст. 22), “дружба між усіма народами, расовими або релігійними групами” (ст. 26), “культурне життя суспільства” (ст. 27), “соціальний і міжнародний порядок” (ст. 28), “обов'язки перед суспільством” (ст. 29), можна вважати щонайменше “паростками”, які готували ґрунт для розвитку концепції та створення реальних міжнародно-правових і внутрішньодержавних механізмів забезпечення та захисту не лише індивідуальних, а й, власне, колективних людських прав²⁴, а саме прав національних меншин.

В. Кимлічка доводить, що на сучасному етапі

диференційовані за групами права національних меншин <...> фактично не суперечать ліберальним принципам рівності. Вони дійсно необхідні з погляду, який обстоюють Роулз і Дворкін, що справедливість ви-

²¹ Кимлічка (н 19) 432.

²² В. Кимлічка, *Лібералізм і права меншин* (Центр освітніх ініціатив 2001) 176.

²³ Там само 17.

²⁴ Олег Панкевич, ‘Колективні людські права: деякі філософсько-правові та загальнотеоретичні аспекти (до ювілею Загальної декларації прав людини)’ (2018) 9 *Право України* 125-6.

магає виправлення тяжкого становища, в якому національні меншини опинилися незаслужено або з “морально-невиправданих” причин, або ж надання компенсації за кривди, особливо якщо вони “глибокі, поширені та існують від народження” (Rawls)²⁵.

При цьому канадський філософ виокремлює дві групи прав меншин: 1) пов’язані з “внутрішніми обмеженнями”, а саме, з вимогами культурних меншин обмежити основні громадянські чи політичні свободи своїх власних представників; 2) пов’язані з вимогами “зовнішнього захисту”, які зменшують уразливість меншин перед рішеннями суспільства більшості. Зрозуміло, що ліберальним принципам може відповідати лише друга категорія прав. Підбиваючи підсумок, дослідник наголошує:

Ліберальні погляди вимагають *свободи у межах* групи меншин і *рівності між* групами меншин і більшості. Система прав меншин, яка поважає ці два обмеження, є, я переконаний, бездоганною з точки зору лібералізму. Вона не тільки не суперечить, а насправді й підтримує основні ліберальні цінності²⁶.

Аналіз міркувань В. Кимлічки дає підстави стверджувати, що він є послідовним та явним прибічником *жорсткого* мультикультуралістського підходу, згідно з яким ‘до різноманіття слід не просто ставитися толерантно – його потрібно зміцнювати, заохочувати і підтримувати, як фінансовими засобами (за необхідності), так і шляхом надання культурним меншинам особливих прав’²⁷.

Натомість *м’який* (класичний) ліберальний мультикультурний режим можна визначити, за словами його сучасного апологета Ч. Кукатаса,

як режим найбільшої толерантності. Він терпимий настільки, що готовий миритися з наявністю в своєму середовищі навіть тих, хто налаштований проти нього. Водночас він не надає особливих переваг і захисту жодній конкретній групі або громаді. Він нікому не буде заважати прагнути до власних цілей або підтримувати певні традиції, але при цьому не буде і заохочувати, субсидувати або віддавати особливу перевагу жодним цілям і традиціям. Це мультикультуралізм без страху і фаворитизму²⁸.

Очевидно, що, зі свого боку, “м’який” і “жорсткий” варіанти мультикультуралізму корелюють із постулатами, відповідно, класичного та

²⁵ Кимлічка (н 22) 145.

²⁶ Там само.

²⁷ Кукатас (н 11).

²⁸ Там само.

сучасного лібералізму (неолібералізму). Ідеологи першого з визнання індивідуальної свободи виводили вимогу невтручання держави в приватне життя громадян, відтворену у відомій формулі “держава – нічний сторож”. Така держава повинна і може забезпечити *лише* громадянські та політичні права (права людини “першого покоління”). Натомість специфіку останнього зазвичай вбачають у яскраво вираженій соціальній складовій, у зміні позиції щодо ролі держави в забезпеченні й захисті прав громадян і, насамперед, у розширенні, доповненні каталогу таких прав соціальними, економічними та культурними (правами “другого покоління”)²⁹.

Загалом, як видається, філософськими підвалинами політики мультикультуралізму у різних моделях її практичної реалізації є як ліберальні, так і комунітаристські концепти. Ба більше, описана вище еволюція ставлення лібералізму до мультикультуралізму, гадаємо, є зайвим підтвердженням конвергенції ліберальних і комунітаристських течій у напрямі ліберального комунітаризму.

Висновки. Отже, можна стверджувати, що з огляду на прогнозовану перспективу, так би мовити, “невідворотності”, “неминучості” подальшого прискорення процесу глобалізації, у світовому філософсько-правовому дискурсі з питань прав людини одне з чільних місць буде займати проблема знаходження оптимального балансу між такими дихотомічними характеристиками цього феномену, як універсальне й партикулярне (культурно-особливе). Очевидно, що дослідження означеної проблеми буде вимагати, зі свого боку, подальшого прискіпливого аналізу аргументів апологетів лібералізму та комунітаризму – двох визначальних течій сучасної європейської та американської політико-правової думки.

Важливим практичним моментом є загальна спрямованість комунітаризму на захист прав етнічних, конфесійних та інших меншин, часто маргіналізованих. Це певною мірою зближує комунітаризм із мультикультуралізмом. Водночас видається, що еволюція позиції частини лібералів від неприйняття до схвалення правової політики мультикультуралізму є результатом впливу комунітарної парадигми та ще одним наочним доказом взаємодоповнення, взаємозбагачення та, зрештою, конвергенції обох філософських напрямів і появи нового концептуально модифікованого “гібриду” – так званого ліберального комунітаризму.

На нашу думку, так само, як говорять про “сімейство лібералізмів”, можна вести мову про “сімейство мультикультуралізмів”, маючи на увазі неможливість (а ймовірно, й недоцільність) створення єдиної для всього

²⁹ Олег Панкевич, ‘Лібералізм як основа європейської політико-правової філософії сучасності (до постановки питання)’ (2014) 2 Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ Серія юридична 452-3.

глобального соціуму концепції мультикультуралізму. Як діахронно, так і географічно відмінності можуть бути дуже суттєвими. Мультикультуралізм як політико-правова концепція і як правова політика може бути ефективним лише щодо конкретної держави в конкретно-історичних умовах. Важливим питанням є питання щодо вибору тієї чи іншої моделі, або ж навіть унікального локального варіанта мультикультуралізму.

Поняття мультикультуралізму не може використовуватися для опису емпіричної соціальної реальності відокремлено від нормативного підходу. Розрізнення дескриптивного/нормативного у мультикультуралізмі є вираженням класичної дихотомії суцього/належного, яка є однією з базових категоріальних пар для філософії права та моралі. Схематично аналізовану категорію можна означити як: 1) ідею (належне, повинне); 2) втілення цієї ідеї (суще). Отже, є ідея “мультикультуралізму” і, відповідно, є соціальна реальність, яка до певної міри є втіленням цієї ідеї в життя. Під таким кутом зору про дескриптивний підхід варто говорити лише у контексті втілення нормативного підходу, але жодним чином не окремо чи навіть у сукупності з останнім.

Зі свого боку необхідність уваги до нормативних аспектів мультикультуралізму, до “правового мультикультуралізму” (І. Честнов) викликає потребу спеціальних досліджень у межах правничих дисциплін, насамперед філософії права.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Gibbon J, *The Canadian Mosaic. The Making of a Northern Nation* (Published by McClelland & Stewart Limited 1938) (in English).
2. Glazer N, *We Are All Multiculturalists Now* (Harvard University Press 1997) (in English).
3. Drozhzhyna S, *Kulturna polityka suchasnoi polikulturnoi Ukrainy: sotsialno-filosofskyi ta pravovyi aspekty [Cultural Policy of Modern Multicultural Ukraine: Socio-philosophical and Legal Aspects]* (DonDUET 2005) (in Ukrainian).
4. Kymlicka W, *Sovremennaja politicheskaja filosofija: vvedenie [Modern Political Philosophy: Introduction]* (Izdatel'skij dom Gos Un-ta – Vysshej shkoly jekonomiki 2010) (in Russian).
5. Kymlicka W, *Liberalizm i prava menshyn [Liberalism and the Rights of Minorities]* (Tsentr osvity initsiatyv 2001) (in Ukrainian).
6. Nazarov V, *Teorija i praktika mul'tikul'turalizma v stranah Zapada: uchebnoe posobie [Theory and Practice of Multiculturalism in Western Countries]* (Izd-vo Ural un-ta 2015) (in Russian).

Journal articles

7. Barash R, 'Krizis mul'tikul'turalizma v zerkale sociologicheskoi teorii' ['The crisis of Multiculturalism in the Mirror of Sociological Theory'] [2016] 22(2) Sociologicheskij zhurnal 31-54 (in Russian).

8. Drozhzhyna S, 'Mulykulturalizm: teoretychni i praktychni aspekty' ['Multiculturalism: Theoretical and Practical Aspects'] [2008] 3(30) Politychnyi menedzhment 96-106 (in Ukrainian).
9. Kolodii A, 'Amerykanska doktryna mulykulturalizmu i etnonatsionalnyi rozvytok Ukrainy' ['American Doctrine of Multiculturalism and Ethno-national Development of Ukraine'] (2008) 6 Ahora 5-14 (in Ukrainian).
10. Pankevych O, 'Liberalizm i komunitaryzm: do pytannia pro dvi paradyhmy suchasnoi polityko-pravovoi filosofii' ['Liberalism and Communitarianism: to the Issue of Two Paradigms of Modern Political and Legal Philosophy'] [2013] 3(4) Pravo i hromadianske suspilstvo 122-134 (in Ukrainian).
11. Pankevych O, 'Liberalizm yak osnova yevropeiskoi polityko-pravovoi filosofii suchasnosti (do postanovky pytannia)' ['Liberalism as the Foundation of the European Political and Legal Philosophy of Modern Times (to the Issue Statement)'] (2014) 2 Naukovi visnyk Lvivskoho derzhavnogo universytetu vnutrishnikh sprav Seriiia yurydychna 449-459 (in Ukrainian).
12. Pankevych O, 'Kolektyvni liudski prava: deiaki filosofsko-pravovi ta zahalnoteoretychni aspekty (do yuvileiu Zahalnoi deklaratsii prav liudyny)' ['Collective Human Rights: Some Philosophical and Legal Issues and General Theoretical Aspects (Until the Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights)'] (2018) 9 Pravo Ukrainy 124-139 (in Ukrainian).
13. Petryshyn O, 'Narodovladdia yak fundament demokratychnoi, pravovoi, sotsialnoi derzhavy' ['Democracy as the Foundation of a Democratic, Legal, Social State'] (2009) 4 Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 20-30 (in Ukrainian).
14. Terborn G, 'Mul'tikul'turnye obshhestva' ['Multicultural Societies'] [2001] 1(1) Sociologicheskoe obozrenie 51 (in Russian).
15. Vysotska N, 'Kontseptsiiia mulykulturalizmu i pytannia estetyky' ['Concept of Multiculturalism and Aesthetics'] (2009) 77 Pytannia literaturoznavstva 110-121 (in Ukrainian).

Websites

16. Kukatas Ch, 'Teoreticheskie osnovy mul'tikul'turalizma' ['Theoretical Foundations of Multiculturalism'] <<https://polit.ru/author/209106/>> (accessed: 03.07.2019) (in Russian).
17. Narochnickaja E, 'Mul'tikul'turalizm kak filosofsko-politicheskaja koncepcija' ['Multiculturalism as a Philosophical-political Concept'] <http://www.perspektivy.info/book/multikulturalizm_kak_filosofsko-politicheskaja_koncepcija_2013-12-12.htm> (accessed: 02.07.2019) (in Russian).

Oleh Pankevych

THE CONCEPT OF MULTICULTURALISM
THROUGH THE PRISM OF THE PROBLEM OF ENSURING
THE NATIONAL MINORITIES' RIGHTS

ABSTRACT. Today, the firmly-established understanding of the concept of "rule of the people" as absolute power within the State's territory held by the people' seems to require that due account be taken of the challenges ensuing from globalization and mass migration. Globalization, which contributes to the dilution of ethnic and cultural identity, generally

does not destroy the ethnic factor and does not lead to complete unification of the socio-cultural sphere. One of the promising options for ensuring intercultural dialogue, resolving legal contradictions and achieving mutual understanding under conditions of coexistence, sometimes forced, of persons with different ethno-cultural mentalities is the idea and the political and legal concept of multiculturalism.

The purpose of the article is to make a philosophical and legal, and general theoretical analysis of the nature and types of multiculturalism through the prism of the problem of ensuring national minorities' rights.

An important practical point is the general focus of communitarianism on the protection of rights of ethnic, confessional and other minorities, which brings communitarianism closer to multiculturalism to a certain extent. At the same time, evolution of the position taken by a part of liberals, from rejection to approval of multiculturalism as the legal policy, results from the influence of the communitarian paradigm and is an obvious proof of the synthesis and convergence of both philosophical trends, and testifies to the emergence of a conceptually new modified "hybrid" of policy and law – liberal communitarianism.

The author notes that by analogy with the "family of liberalism" it is possible to speak of the "family of multiculturalism", thus referring to the impossibility (and probably inexpediency) of creating the concept of multiculturalism which would be uniform for the entire global society. Both diachronically and geographically, social differences can be very significant. Multiculturalism as a political and legal concept and legal policy can be effective only in relation to a particular state in specific historical conditions. In this regard, selection of a particular model, or even a unique local variant of multiculturalism, is a crucially important issue.

The concept of multiculturalism can not be used to describe empirical social reality in isolation from the normative approach. Differentiation between the descriptive/the normative in multiculturalism is an expression of the classical dichotomy of being/should be which is one of the basic categorical pairs in the philosophy of law and morality. Schematically the analyzed category can be shown 1) as an idea (what is due, should be) and 2) as the embodiment of this idea (being). Therefore, there is the idea of "multiculturalism" and, accordingly, there is a social reality which to some extent is the embodiment of this idea in life. From this point of view, the descriptive approach should be considered only in the context of implementation of the normative approach, but in no way separately or even in conjunction with the latter. For its part, the need for the attention to the normative aspects of multiculturalism, to "legal multiculturalism", necessitates special research within the legal disciplines, primarily the philosophy of law.

KEYWORDS: multiculturalism; minority rights; liberalism; communitarianism; liberal communitarianism.

III. Міжнародні аспекти здійснення народовладдя



Олександр Мережко

доктор юридичних наук, професор,
народний депутат Верховної Ради України
(Київ, Україна)
amerezhko@yahoo.com

УДК 342.57

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРИНЦИПУ НАРОДОВЛАДДЯ

Анотація. Принцип народовладдя має не тільки національно-правові, а й міжнародно-правові аспекти, оскільки в міжнародних відносинах держави є інструментом, за допомогою якого народи взаємодіють один з одним і воля народу виражається у міжнародних відносинах через державні органи. Опосередкований вплив на формування та функціонування міжнародного права можуть мати міжнародні неурядові організації. У міжнародному праві є норми, спрямовані на захист народів та їхнього існування.

Мета статті – дослідити те, як принцип народовладдя втілюється у міжнародно-правові форми. Зокрема, дослідити роль принципу демократії у сфері міжнародного права, а також з'ясувати особливості проведення референдумів із точки зору норм і принципів міжнародного права.

Хоча принцип народовладдя є принципом національного, а не міжнародного права, він стосується і міжнародного права. Цей принцип тісно пов'язаний з такими основними принципами міжнародного права, як принцип суверенної рівності держав, принцип рівноправ'я та самовизначення народів і націй, принцип невтручання держав у внутрішні справи одна одної, а також поваги до прав людини. Деякі мислителі намагаються концептуалізувати міжнародне право як право народів зі своїми принципами. Хоча сучасне міжнародне право безпосередньо не містить принципу народовладдя, однак воно є необхідною умовою і своєрідною гарантією ефективної реалізації принципу народовладдя у національному праві. Деякі автори, досліджуючи тенденції розвитку міжнародного права, говорять про процес демократизації міжнародного права, а також про поступове утвердження принципу демократії в системі міжнародного права. Принцип демократії є загальним принципом права, незважаючи на те, що його зміст і розуміння у різних державах може бути різним.

Одним із головних інструментів прямої демократії є референдум, який співвідноситься з міжнародним правом у двох головних аспектах. По-перше, держави мо-

жуть проводити референдуми на своїй території стосовно певних питань, пов'язаних із міжнародною політикою та міжнародним правом. По-друге, у міжнародній практиці відомі референдуми (плебісцити), що проводяться під егідою міжнародних організацій з питань статусу певної території. Що стосується плебісциту, то він є одним зі старих інститутів міжнародного права, а також свідченням демократичних тенденцій у міжнародному праві. Плебісцит має подвійну правову природу: з одного боку, це – інститут національного права, а з другого – інститут міжнародного права. Однією з важливих тенденцій еволюції міжнародного права є те, що в ньому з'являються міжнародні документи “м'якого права”, які визначають загальні параметри проведення референдумів.

Таким чином, принцип народовладдя хоч ще й не знайшов чіткого закріплення у міжнародному праві, утім, дедалі більше впливає на його розвиток, а інструменти прямої демократії формуються у межах міжнародного права.

Ключові слова: народовладдя; пряма демократія; референдум; міжнародне право; принципи міжнародного права; громадська ініціатива.

Принцип народовладдя у найширшому розумінні передбачає владу народу, або, інакше кажучи, народ як головний носій і джерело влади. Волевиявлення народу зумовлює існування і функціонування держави та її органів. Причому народ, разом з урядом і територією, у науці міжнародного права розглядається як один із головних атрибутів державності.

Принцип народовладдя має не тільки національно-правові, а й міжнародно-правові аспекти, які по-різному проявляються у правовому житті. Цілком зрозуміло, що народ не впливає безпосередньо на формування міжнародного права, його норм та інститутів, оскільки за своєю суттю міжнародне право вважається насамперед міждержавним правом, яке створюється державами для регулювання відносин між цими державами. Слід мати на увазі, що в міжнародних відносинах держави є інструментом, за допомогою якого народи взаємодіють один з одним і воля народу виражається у міжнародних відносинах за посередництва державних органів.

Водночас опосередкований вплив на формування та функціонування міжнародного права можуть мати міжнародні неурядові організації, а ініціаторами створення міжнародних договорів можуть бути конкретні особи. Так, приміром, ініціатором створення першої Женевської конвенції щодо захисту поранених на полі бою був швейцарський громадський діяч А. Дюнан.

Мета дослідження – дослідити те, як принцип народовладдя втілюється у мінародно-правові форми. Зокрема, дослідити роль принципу демократії у сфері міжнародного права, а також з'ясувати особливості проведення референдумів із точки зору норм і принципів міжнародного права.

Цікаво зазначити, що спочатку міжнародне право було швидше саме міжнародним (*jus gentium* або *jus inter gentes*), тобто правом між народа-

ми, а не міждержавним правом, оскільки суб'єктами цього права були також народи та фізичні особи.

Хоча традиційна доктрина міжнародного права не визнає народи як суб'єктів цього права, утім, у сучасному міжнародному праві є норми, спрямовані на захист народів та їхнього існування. Так, наприклад, сучасне міжнародне право містить категоричну заборону злочину геноциду, який за своєю суттю є злочином проти народів чи етнічних груп. Міжнародне право також захищає права корінних народів. Так, у Декларації Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) про права корінних народів наголошується на принципі рівності корінних та всіх інших народів¹.

Цікавим є також те, що в останні десятиліття у міжнародній сфері з'явилося таке явище, як “народна дипломатія”, яке передбачає безпосередні міжнародні контакти між представниками різних народів.

Хоча принцип народовладдя є принципом національного, а не міжнародного права, він стосується і міжнародного права.

Перш за все, принцип народовладдя у сфері міжнародного права тісно пов'язаний з такими основними принципами міжнародного права, як принцип суверенної рівності держав, принцип рівноправ'я та самовизначення народів і націй, принцип невтручання держав у внутрішні справи одна одної, а також принцип поваги до прав людини.

Так, принцип суверенної рівності держав базується на концепції суверенітету держави, джерело якого досить часто вбачається в народі (доктрина народного суверенітету). Важливо зазначити, що доктрина народного суверенітету була визнана світовим співтовариством і знайшла своє відображення в Загальній декларації прав людини 1948 р., ч. 3 ст. 21 якої передбачає:

Воля народу повинна бути основою влади уряду; ця воля повинна виявлятися у періодичних і нефальсифікованих виборах, які повинні проводитись при загальному і рівному виборчому праві шляхом таємного голосування або ж через інші рівнозначні форми, що забезпечують свободу голосування².

Принцип рівноправ'я та самовизначення народів, який закріплено в Статуті ООН, передбачає не тільки те, що всі народи є рівними, а також те, що всі народи мають право вільно (тобто без зовнішнього втручання) визначати свій політичний статус і вільно здійснювати свій економіч-

¹ Декларація Організації Об'єднаних Націй про права корінних народів від 13 вересня 2007 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_156> (дата звернення: 01.08.2019).

² Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015> (дата звернення: 01.08.2019).

ний, соціальний та культурний розвиток. З цієї точки зору політико-правовим інструментом самовизначення народів може бути референдум.

Принцип невтручання держав у внутрішні справи чи внутрішню компетенцію одна одної має, серед іншого, на увазі те, що народ держави має право визначати внутрішній устрій своєї держави без втручання інших держав. Інакше кажучи, держави повинні поважати волю народу інших держав.

Що стосується принципу поваги до прав людини, то сьогодні право на управління своєю державою визнається як одне з основних прав людини, свідченням чого є ч. 1 ст. 21 Загальної декларації прав людини, в якій ідеться: 'Кожна людина має право брати участь в управлінні своєю країною безпосередньо або через вільно обраних представників'³.

Як бачимо, принцип народовладдя має суттєве значення у міжнародному праві.

Деякі мислителі ХХ ст., наприклад, американський філософ Дж. Роулз, намагалися концептуалізувати міжнародне право не як суто міждержавне право, а як право народів, тобто як певні норми та принципи, які регулюють відносини в межах міжнародної спільноти народів, що розвивається у напрямі суспільства демократичних народів⁴. Так, серед основних принципів, які, на думку цього філософа, мають регулювати відносини між народами, він виділяв такі:

1. Народи (як організовані їхніми урядами) вільні і незалежні, і їх свобода і незалежність повинні поважатися іншими народами.
2. Народи є рівними за їхньою власною згодою.
3. Народи мають право на самозахист, але не мають права на війну.
4. Народи повинні поважати принцип невтручання у внутрішні справи держав.
5. Народи повинні дотримуватися договорів та зобов'язань.
6. Народи повинні дотримуватися певних встановлених обмежень стосовно ведення війни (що допускаються як самозахист).
7. Народи повинні дотримуватися прав людини⁵.

Слід зазначити, що вказані вище принципи не є філософськими абстракціями, а логічно випливають з основних принципів сучасного міжнародного права.

Можна сказати так: хоча сучасне міжнародне право безпосередньо не містить принципу народовладдя, однак воно є необхідною умовою

³ Загальна декларація прав людини (н 2).

⁴ Джон Роулз, 'Право народів' (2010) 9 Вопросы философии <http://vphil.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=202&Itemid=52> (дата звернення: 01.08.2019).

⁵ Там само.

Олександр Мережко

і своєрідною гарантією ефективної реалізації принципу народовладдя у національному праві. Так, наприклад, воля народу не може бути ефективно реалізована всередині держави, якщо проти цієї держави порушуються такі основні принципи міжнародного права, як принцип незастосування сили або принцип невтручання держав у внутрішні справи одна одної.

Деякі автори, досліджуючи тенденції розвитку міжнародного права, пишуть про процес демократизації міжнародного права, а також про поступове утвердження принципу демократії в системі міжнародного права. Так, український учений Т. Короткий зазначає:

Розглядаючи проблему місця принципу демократії в системі принципів міжнародного права, слід зазначити, що, на нашу думку, цей принцип за своїми характеристиками ближче не до основних принципів міжнародного права (хоча і впливає на їхнє функціонування, і водночас входить у склад принципу поваги прав людини), а до загальних принципів права, які властиві як внутрішньодержавним правовим системам, так і міжнародній правовій системі⁶.

Цей автор також слушно підкреслює тісний зв'язок між демократією та міжнародним правом. Він вважає, що саме у міжнародному праві закріплені демократичні цінності й що саме демократичні держави найбільшою мірою сприяють дотриманню норм і принципів міжнародного права⁷.

Цікаво звернути увагу на той факт, що в сучасному світі навряд чи знайдеться держава, чиє керівництво відверто вважало б себе недемократичним. Швидше навпаки, навіть авторитарні режими не ризикують відверто заявити про свій антидемократизм, а офіційно вважають себе демократіями. Цей факт є свідченням того, що принцип демократії є дійсно загальним принципом права, незважаючи на те, що його зміст і розуміння у різних державах може бути різним.

Як відомо, одним із головних інструментів прямої демократії є референдум, який співвідноситься з міжнародним правом у двох головних аспектах.

Зокрема, держави можуть проводити референдуми на своїй території стосовно певних питань, пов'язаних із міжнародною політикою та міжнародним правом.

Так, приміром, у деяких державах найбільш важливі міжнародні договори можуть бути предметом загальнонаціонального референдуму.

⁶ Т. Короткий, 'Демократизация международного права' (2010) IX Наукові праці Національного університету "Одеська юридична академія" 350.

⁷ Там само.

Конституція Польщі, наприклад, передбачає можливість проведення національного референдуму щодо тих міжнародних договорів, які передбачають передачу частини державних повноважень міжнародній організації. У деяких країнах проводилися референдуми стосовно приєднання до міжнародних організацій.

Цікавим прикладом національного референдуму з питань міжнародно-правового характеру є референдум, який було проведено у Швейцарії у 2018 р. щодо встановлення пріоритету національного права над міжнародним правом і міжнародними договорами. Симптоматично, що у цьому референдумі переважна більшість швейцарських громадян висловилися проти такого пріоритету, тобто фактично підтримала примат міжнародного права над національним законодавством.

З точки зору права референдум, який проводиться у певній державі, повинен відповідати вимогам як національного права (насамперед конституції цієї держави), так і основним принципам міжнародного права.

Відомим прикладом псевдореферендуму, який кричуще порушив конституційне право держави та принципи міжнародного права, є так званий “референдум”, проведений Росією під дулами її окупаційних військ у Криму в 2014 р. Насправді цей “референдум” не був референдумом як таким, а являв собою міжнародний злочин, оскільки явно порушував такі основні принципи міжнародного права, як принцип незастосування сили в міжнародних відносинах, принцип суверенної рівності держав, принцип рівноправ'я та самовизначення народів, принцип територіальної цілісності, принцип непорушності кордонів держав, принцип *pacta sunt servanda* тощо. По суті, це був не референдум, а протиправна військова операція на території суверенної держави, спрямована на прикриття міжнародного злочину агресії, військової окупації та анексії.

Деякі автори, які пишуть на тему референдумів та плебісцитів у міжнародному праві, звертають увагу на різницю між поняттями “референдум” і “плебісцит”. На їхню думку, плебісцит – це різновид референдуму, оскільки він торкається територіальних змін. Наприклад, Л. Волова у своїй книзі “Плебісцит у міжнародному праві” серед основних характеристик плебісциту виокремлює такі: 1) період підготовки до плебісциту довший, ніж період підготовки до референдуму; 2) плебісцит часто проводиться під наглядом ООН або міжнародної комісії; 3) плебісцит має бути добре підготовленим та організованим; 4) термін підготовки до проведення плебісциту має бути не меншим, ніж три місяці; 5) перед проведенням плебісциту треба вивести всі іноземні війська з тієї території, де планується провести плебісцит; 6) у комісії з проведення плебіс-

циту на основі справедливості мають бути представлені різні політичні партії та представники громадськості⁸.

Як бачимо, плебісцит, який є одним зі старих інститутів міжнародного права, а також свідченням демократичних тенденцій у міжнародному праві, передбачає необхідність створення таких правових і політико-організаційних гарантій, які завадили б його зловживанню у міжнародній політиці.

Л. Волова визначає плебісцит як

міжнародно-правовий інститут, який є підставою територіальних змін і врегулювання державних кордонів, в основі якого лежить вільне волевиявлення населення щодо здійснення належного йому суверенного права шляхом демократично організованого таємного голосування остаточно вирішити питання стосовно державної приналежності своєї території⁹.

Одним словом, плебісцит має подвійну правову природу: з одного боку, це – інститут національного права, а з другого – це інститут міжнародного права. Незважаючи на це, суть плебісциту полягає у вільному волевиявленні населення.

З огляду на сказане вище, спробуємо представити таку класифікацію референдумів, пов'язаних із міжнародними відносинами:

1. Національні референдуми з питань, пов'язаних із ратифікацією певних міжнародних договорів.

2. Національні референдуми щодо вступу певної держави до міжнародної організації (наприклад, вступу до Європейського Союзу (далі – ЄС)).

3. Національні референдуми щодо виходу держави з міжнародної організації (приклад – референдум щодо виходу Великої Британії з ЄС).

4. Національні референдуми в державах-членах певної міжнародної організації (наприклад, ЄС) щодо прийняття нових членів.

5. Референдуми щодо виходу суб'єктів федеративної держави з цієї держави (референдум щодо незалежності Квебеку).

6. Референдуми щодо об'єднання декількох держав в одну державу.

7. Референдуми, ініційовані чи проведені під егідою міжнародної організації або міжнародного органу щодо статусу певної території (приклад – плебісцит щодо статусу Саару).

8. Національні референдуми з інших питань міжнародних відносин.

Цілком зрозуміло, що підготовка, проведення і реалізація всіх цих видів референдумів повинні повністю відповідати нормам національного та міжнародного права.

⁸ Л Волова, *Плебісцит в міжнародном праве* (Международные отношения 1972) 54, 122-3.

⁹ Л Волова, *Плебісцит в міжнародном праве* (автореф дисс канд юрид наук, 1968) 22.

Однією з важливих тенденцій еволюції міжнародного права є те, що в ньому з'являються міжнародні документи “м'якого права”, які визначають загальні параметри проведення референдумів. Цікавий приклад – “Кодекс доброї практики щодо референдумів”, розроблений Європейською Комісією “За демократію через право” (Венеційська Комісія), в якому представлені основні принципи проведення референдумів¹⁰.

Як відомо, ще одним інструментом прямої демократії є народна або громадянська ініціатива. Цікаво зазначити, що нещодавно цей інструмент прямої демократії отримав, так би мовити, права громадянства й у міжнародному праві, точніше у праві ЄС. Так, у праві ЄС з'явився інститут європейської громадянської ініціативи. Цей інститут, спрямований на посилення прямої демократії в ЄС, – нововведення Лісабонського договору. Європейська громадянська ініціатива дає змогу 1 млн громадян ЄС із як мінімум однієї чверті держав – членів ЄС звернутися безпосередньо до Венеційської Комісії, щоб зробити пропозицію з питань, які є у компетенції ЄС.

Висновки. Таким чином, принцип народовладдя хоча ще не знайшов чіткого закріплення в міжнародному праві, утім, дедалі більше впливає на його розвиток, а інструменти прямої демократії формуються у межах міжнародного права.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Volova L, *Plebiscit v mezhdunarodnom prave [Plebiscite in International Law]* (Mezhdunarodnye otnoshenija 1972) (in Russian).

Journal articles

2. Roulz Dz, ‘Pravo narodov’ [‘Law of the Peoples’] (2010) 9 Voprosy filosofii <http://vphil.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=202&Itemid=52> (accessed: 01.08.2019) (in Russian).
3. Korotkij T, ‘Demokratizacija mezhdunarodnogo prava’ [‘Democratization of International Law’] (2010) IX Naukovi pratsi Natsionalnoho universytetu “Odeska yurydychna akademiia” (in Russian).

Thesis

4. Volova L, ‘Plebiscit v mezhdunarodnom prave’ [‘Plebiscite in International Law’] (avtoref diss kand jurid nauk, 1968) (in Russian).

¹⁰ Code of Good Practice on Referendums adopted by the Council for Democratic Elections at its 19th meeting. European Commission for Democracy through Law. CDL-AD(2007)008rev-cor <[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)008rev-cor-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)008rev-cor-e)> (accessed: 01.08.2019).

INTERNATIONAL LAW ASPECTS
OF THE DEMOCRACY PRINCIPLE

ABSTRACT. Along with national law aspects, the principle of democracy also has international law aspects, since in the State's international relations it is a tool which facilitates the interaction of the peoples with each other and the expression of the people's will in international relations through state bodies. An indirect influence on the forming and functioning of international law may be made by international non-governmental organizations. International law comprises certain provisions aimed at protecting peoples and their existence.

The purpose of the article is to determine the relationship of the principle of democracy with the principles of international law and to ascertain the influence of the direct democracy instruments on the development of international law.

Although the principle of democracy is a principle of national, and not of international law, it also applies to international law. This principle is closely linked to such basic principles of international law as the principle of sovereign equality of States, the principle of equal rights and self-determination of peoples and nations, the principle of non-interference of States in each other's internal affairs and respect for human rights. Some thinkers try to conceptualize international law as the law of peoples with own principles. Although modern international law does not contain the principle of democracy, it is an essential condition and a peculiar guarantee of efficient implementation of the democracy principle in national law. Exploring international law development trends, some authors note the process of democratization of international law, and also step-by-step establishment of the democracy principle in the system of international law. The democracy principle is a general principle of law, although its content and understanding may vary from State to State.

One of the main instruments of direct democracy is the referendum, which correlates with international law by two main aspects. First, States may hold referendums in their territory with regard to certain issues related to international politics and international law. Secondly, international practice has the experience of referendums (plebiscites) held under the auspices of international organizations as regards the status of a certain territory. As for the plebiscite, it is one of the old institutions of international law and an evidence of democratic trends in international law. The plebiscite has a dual legal nature: on the one part, it is an institution of national law, and on the other part – the institution of international law. One of important trends in international law evolution is the emerging international “soft law” documents which define the general parameters for holding of referendums.

Therefore, although the principle of democracy has not yet found its clear consolidation in international law, its influence on the latter's development grows increasingly, and the direct democracy instruments are formed within the framework of international law.

KEYWORDS: democracy; direct democracy; referendum; international law; principles of international law; public initiative.



Ксенія Смирнова

докторка юридичних наук, професорка,
професорка кафедри порівняльного і європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2768-7642>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/D-9269-2019>
ksenya.smyrnova@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-1-153

УДК 341.11

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ПАРЛАМЕНТАРИЗМ ЯК ФЕНОМЕН ПРЕДСТАВНИЦТВА В МІЖДЕРЖАВНИХ ІНТЕГРАЦІЙНИХ ОБ'ЄДНАННЯХ: ЕВОЛЮЦІЯ СТАНОВЛЕННЯ ТА СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ

АНОТАЦІЯ. Європейський парламентаризм слід розуміти як механізми взаємодії національного парламентаризму з міждержавними механізмами народного представництва, які представлені на європейському континенті створенням Міжпарламентської Асамблеї Ради Європи та Європейського Парламенту (Європарламент) у рамках Європейського Союзу (ЄС). У діяльності цих органів уособлюються національні конституційні принципи держави, принципи дотримання демократії, верховенства права та захисту прав людини на міжнародному рівні. Встановлено, що парламенти більшості європейських держав вдаються до постійної взаємодії, яка згодом зумовлює створення потужних міжнародних організацій. Міжпарламентські органи є унікальними форумами міжнародної співпраці й саме вони являють собою сучасний європейський парламентаризм. Для порівняння європейських міждержавних моделей парламентів були виділені головні критерії, якими є основні характеристики парламентів, зокрема: організація та структура парламентів; законодавчі функції парламенту; фінансові повноваження парламенту; механізми парламентського контролю; повноваження парламенту в зовнішній політиці. Доведено, що однопалатні національні парламенти, які є традиційними для багатьох європейських країн, стали основною моделлю для міждержавних парламентів. За своєю суттю структура міжнародних парламентських установ та організація заповнені з класичного національного парламенту. Натомість за іншими критеріями можна спостерігати значну відмінність від національних парламентів.

Мета статті – визначення парадигми сучасного розвитку та еволюції європейського парламентаризму.

Визначено, що відповідно до законодавчих функцій класичного парламенту міждержавні парламенти є значно обмеженими в своїх повноваженнях, а щодо законотворчих – міждержавні представницькі форми значно відрізняються від національних парламентів, і тільки Європарламент нині має досить широке, але, звичайно, обмежене коло повноважень щодо ухвалення обов'язкових до

© Ксенія Смирнова, 2019

Ксенія Смирнова

виконання рішень. Доведено, що запозичуючи з класичних національних парламентів принципи діяльності, міждержавні представницькі органи не акумулюють у собі в чистому вигляді всі повноваження. Вони стають радше форумом для поширення принципів демократії, верховенства права та недискримінації, використовуючи політичні важелі. Серед усіх парламентських установ в європейських організаціях лише Європарламент у ЄС у взаємодії з національними парламентами відіграють вирішальну роль у виробленні та лобіюванні процесів європейської інтеграції.

Однією з найбільш помітних тенденцій розвитку європейського парламентаризму є процеси зростання ролі національних парламентів у просуваннях та ефективному поглибленні процесів європейської інтеграції у взаємодії з Європарламентом. На сучасному етапі розвитку та еволюції європейського парламентаризму він здатен робити істотний внесок у розповсюдження та розвиток демократії в усьому світі з урахуванням національних особливостей та історичного досвіду.

Ключові слова: парламентаризм; Рада Європи; Європейський Союз; Європейський Парламент; Парламентська Асамблея Ради Європи.

Парламентаризм є результатом багатовікового розвитку суспільних відносин, передусім у країнах Західної Європи. Процеси зародження та розвитку демократії пов'язують із розвитком діяльності парламентів як єдиних представницьких органів народовладдя. При цьому в сучасній юридичній літературі немає єдиного підходу до визначення поняття "парламентаризм". Крім того, можна прослідкувати навіть відсутність досліджень щодо співвідношення між формою правління та парламентаризмом, а іноді й те, що ці поняття навіть змішуються. Парламентаризм не зводиться виключно до наявності вищого представницького органу народу, а уособлюється обов'язково з активно діючим парламентом у системі конституційного правління.

При цьому парламент і парламентаризм хоча й є поняттями взаємопов'язаними, але не тотожними. Без парламенту немає парламентаризму, який, зі свого боку, заснований на сильному повновладному парламенті, який наділений потужними політико-правовими механізмами. Серед таких слід виділити: високий рівень надійності й прозорості виборів, самостійність і незалежність у системі розподілу влад, конституційно закріплені дієві механізми в процесі законотворчості тощо. Водночас парламентаризм є найвищою якістю парламенту. Парламентаризм є організаційною формою зовнішнього виразу народного суверенітету й одночасно інструментом політико-правового обмеження апарату державної влади¹.

www.pravo.ua.com.ua

¹ Е Гуляева, 'Парламентаризм как политико-правовая категория: проблемы понимания и этапы становления' (2006) 13 Вестник ЮУрГУ. Серия "Право" 61-3.

Мета дослідження – визначення парадигми сучасного розвитку та еволюції європейського парламентаризму.

Процеси зародження та розвитку демократії пов'язують передусім із розвитком діяльності парламентів як єдиних представницьких органів народовладдя. Парламенти починають відігравати роль центру в суспільному житті, їх зрілість стає показником демократичності суспільства. Відомі вчені – Г. Кельзен та М. Оріу у своїх працях аналізують сутність парламенту та відводять йому одну з найважливіших функцій у державі, визначають як єдиний верховний законодавчий орган, однак наголошують, що парламенти, незважаючи на їхню значну роль, не в змозі одноосібно регулювати суспільні відносини без ефективної співпраці з іншими гілками влади. На думку М. Оріу, 'парламенти повинні зосереджуватися на великих проблемах, що мають основне значення, та на формуванні державного порядку, обов'язкового для всіх інститутів'².

На сучасному етапі ідеї та принципи парламентаризму дедалі більше поширюються на міждержавні утворення та міжнародні організації як виклик необхідності більш тісного міждержавного співробітництва та правотворення. Це явище є наслідком існування загальноєвропейських проблем, які змушують європейську спільноту вдаватися до постійної взаємодії через відповідні парламентські й міжпарламентські механізми міжнародних міждержавних організацій європейського регіону.

Саме тому парламентаризм переростає із суто національної конституційної доктрини до надзвичайних особливостей міжнародного співробітництва.

Закінчення Другої світової війни надає концепції парламентаризму міжнародного значення, який до того застосовувався переважно лише як характеристика внутрішньодержавного політико-правового принципу діяльності державного апарату.

Парламенти більшості європейських держав вдаються до постійної взаємодії, яка згодом зумовлює створення потужних міжнародних організацій. У 1889 р. був створений Міжпарламентський Союз як перший форум на постійній основі з метою проведення політичних багатосторонніх переговорів³.

Саме у другій половині ХХ ст. в Європі з'являються перші міжнародні організації, у структурі яких були передбачені органи міжпарламентсь-

² Цитата за: В Нерсесянц, *История политических и правовых учений: учебник для ВУЗов* (Норма 2004) 754.

³ Міжпарламентський Союз, який первісно не мав міжнародно-правового закріплення, і слугував лише платформою для проведення форумів, сьогодні функціонує як міжнародна організація, статут якої прийнятий у 1976 р., переглядався з метою внесення змін у 1983, 2003 та 2013 рр. Нині налічує 164 члени та 10 асоційованих членів. Однак він не є об'єктом дослідження у цій статті з огляду на те, що не є суто європейською організацією.

кого співробітництва, зокрема: Західноєвропейський союз (далі – ЗЄС)⁴, Європейський Союз (далі – ЄС), Рада Європи, Організація з безпеки і співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) та ін. У структурі цих міжнародних організацій потужне місце займають парламенти (Європейський Парламент (далі – Європарламент), Парламентська Асамблея Ради Європи, Парламентська Асамблея ОБСЄ), які значною мірою відрізняються від їх національних аналогів, однак водночас переймають від національних парламентів основні риси та властивості. Національні парламенти відігравали значну роль при заснуванні парламентів у межах міждержавних європейських організацій, а згодом вже потужні міждержавні парламенти впливають на функціонування національних парламентів, взаємодіючи та взаємовпливаючи один на одного. Прослідкуємо за цим процесом еволюційно.

Для проведення порівняння національних парламентів із заснованими міждержавними парламентами слід виділити основні критерії, якими є такі головні характеристики парламентів: організація та структура парламентів; законодавчі функції парламенту; фінансові повноваження парламенту; механізми парламентського контролю; повноваження парламенту у зовнішній політиці.

Відповідно до організації та структури парламентів, яка відрізняється від форми держави згідно з конституційними традиціями та політичним устроєм, парламенти країн Європи не є однорідними, на відміну від європейських міждержавних парламентів. Так, бікамералізм притаманний як федеративним державам (зокрема, Швейцарії, Німеччині, Австрії), так і унітарним державам (Велика Британія, Ірландія, Іспанія, Італія, Франція, Бельгія, Нідерланди, Швеція, Хорватія). Натомість однопалатні національні парламенти, які є традиційними для багатьох європейських країн (Люксембург, Монако, Болгарія, Польща, Угорщина, Румунія, Чехія, Словаччина, Данія тощо), стали основною моделлю для міждержавних парламентів. Тому засновані в 1949 р. Консультативна Асамблея Ради Європи (а з 1974 р. – Парламентська Асамблея), у 1951 р. – Асамблея Європейського Об'єднання вугілля та сталі та в 1957 р. – Асамблея Європейського Економічного Співтовариства, а згодом у 1962 р. перетворення їх у Європарламент, і тільки в 1991 р. створення Парламентської Асамблеї ОБСЄ за своєю структурою є однаковими – однопалатними парламентами. При цьому навіть і не обговорювалося питання щодо

⁴ ЗЄС, що був створений на основі Паризьких договорів 1954 р., був ліквідований у 2011 р. У 1996 р. ЗЄС був оголошений частиною ЄС, якому було передано повноваження у сфері оборони, однак вже 2000 р. Рада ЄС прийняла рішення про поступове реформування цієї організації та передачі повноважень до відповідних структур ЄС. У березні 2011 р. голова Міжпарламентської асамблеї ЗЄС Р. Уолтер офіційно заявив про розпуск організації шляхом визначення недійсними договорів, що були укладені у межах цього Союзу.

можливого бікамералізму цих парламентів з огляду на міждержавний характер і функціонування національних парламентів. При цьому національні парламенти направляють у міждержавний парламент своїх представників, як, наприклад, це продемонстровано в Парламентській Асамблеї Ради Європи, яка складається з представників, які обираються або призначаються національними парламентами держав-членів згідно зі встановленою ними процедурою⁵. При цьому делегати Парламентської Асамблеї, будучи національними парламентарями, представляють не власне держави, а виборців, і тому при голосуванні вони дотримуються принципу захисту інтересів своїх виборців.

Отже, прослідуюмо за особливостями міждержавних парламентів і виділимо окремі запозичені риси з моделей національних парламентів. Європарламент має свою особливість відповідно до його формування, однак схожий за структурою з національним парламентом. У роботі Парламентської Асамблеї передбачені форми залучення представників не держав – членів Ради Європи, зокрема спостерігачів, а у 1989 р. був запроваджений статус “спеціально запрошеного гостя” (статус без права голосу), щодо яких прийняте окреме рішення Бюро Асамблеї. При цьому таких процедур не передбачено в діяльності Європарламенту. Так, найважливіша особливість полягає у тому, що Європарламент діє незалежно від держав-членів, хоча його депутати можуть бути членами національних органів законодавчої влади⁶. До його складу входять представники громадян, які обираються прямим, вільним і таємним голосуванням (ст. 14 Договору про Європейський Союз – ДЄС⁷). При цьому члени Європарламенту обираються відповідно до національного законодавства держав-членів.

Ще однією властивістю міждержавних парламентів, що схожа з властивістю національних парламентів, є об’єднання делегатів/депутатів у політичні групи/політичні партії та фракції. Так, за аналогією з національною політичною системою члени Парламентської Асамблеї мають право об’єднуватися у політичні групи. За процедурою для формування відповідної політичної групи необхідне рішення щонайменше 20 членів Асамблеї, що представляють мінімум шість національних делегацій. Європарламент також передбачає можливість формування політичних партій та фракцій на загальноєвропейському рівні. Для формування політичної групи необхідне рішення мінімум 25 євродепутатів, які представляють мінімум ¼ держав – членів ЄС. Як це передбачено у п. 4

⁵ А Федорова та Т Шинкаренко, *Політико-правові аспекти діяльності Ради Європи: навчальний посібник* (Фенікс 2007) 51.

⁶ *Європейське право: право Європейського Союзу: підручник* (Муравйов В заг ред, Ін Юре 2015).

⁷ *Зібрання актів європейського права. Вип. 1: Європейський Союз* (Смирнова К упоряд, Муравйов В заг ред, Ред журн “Право України” 2013).

ст. 10 ДЄС, це є необхідною передумовою для формування європейської політичної свідомості і вираження політичної волі громадян ЄС.

Отже, можна констатувати, що міждержавні парламенти запозичили з національних парламентів свою структуру, яка представлена монокамералізмом, та організацією, яка складається з політичних партій/груп. Також у внутрішній структурі спостерігається схожість. Так, зокрема, Парламентська Асамблея складається із Президента Асамблеї, віце-президентів, Бюро Асамблеї та її комітетів. Так само Європарламент складається з Президента Європарламенту, 14 віце-президентів, Бюро та 17 постійних комітетів. За своєю суттю ця структура та організація повністю запозичена з класичного парламенту. Натомість за іншими критеріями можна спостерігати значну відмінність від національних парламентів.

Відповідно до законодавчих функцій класичного парламенту міждержавні парламенти є значно обмеженими в своїх повноваженнях. З упевненістю можна констатувати, що амбітні назви цих органів не відповідають класичним органам законодавчої гілки влади.

У теорії конституційного права (незалежно від особливостей національних парламентів) основними їхніми повноваженнями є видання законів (конституційних, органічних або звичайних законів) у чітко передбачених сферах суспільного життя. Така їхня функція може бути обмежена на національному рівні тільки у чітко передбачених випадках. Узагальнюючи, їх можна представити таким чином: обмеження у відповідній сфері законодавства (як-то, наприклад, у випадках, якщо конституція передбачає чітке коло питань, які регулюються виключно законами); обмеження, пов'язані з тим, що в деяких випадках є необхідність виразу загальнонародного рішення в процесі законотворчості (наприклад, питання, винесені на референдум); обмеження при "надзвичайному стані" (наприклад, у Франції парламент втрачає законодавчу владу у випадках надзвичайного стану, при чому приблизно аналогічні обмеження застосовуються в Австрії та Ісландії). Таким чином, продемонстрована можливість обмеження ролі парламенту у своїй функції законотворчості. Однак навіть такі обмеження не є типовими для міждержавних парламентів.

Досить яскраво відсутність законотворчих функцій проявляється у діяльності Парламентської Асамблеї Ради Європи, функції якої залишилися незмінними з часів Консультативної Асамблеї. Парламентська Асамблея є дорадчим органом Ради Європи (ст. 22 Статуту Ради Європи⁸).

⁸ Зібрання актів європейського права. Вип. 1-2: Рада Європи (Федорова А упоряд, Буткевич В заг ред, Ред журн "Право України" 2012).

Звідси випливає, що парламентський орган у Раді Європи служить платформою для політичних дебатів і поширення принципів парламентаризму на засадах рекомендаційності.

Функції ж Європарламенту значно ширші порівняно з Парламентською Асамблеєю, і він бере участь у нормотворчому процесі, здійсненні політичного контролю за діяльністю інститутів ЄС, фінансуванні його діяльності, крім того, він є і залишається форумом для проведення демократичних дебатів. У Європарламенті відсутній інститут делегування своїх повноважень, на відміну від класичних парламентів (як, наприклад, це досить розповсюджено у Великій Британії, Фінляндії, Франції та навіть у Швейцарії, але за винятком того, що це відбувається за відсутності відповідних норм у конституції).

Слід відзначити, що законодавчі функції Європарламенту значно розширюються у процесі еволюції розвитку самого інтеграційного об'єднання. Стаття 294 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС) передбачає процедуру за активної і вирішальної ролі Європарламенту у прийнятті рішень у тандемі з Радою ЄС та Комісією ЄС, сфера застосування якої значно розширилася відповідно до Лісабонських договорів. При цьому також передбачена спеціальна законодавча процедура, яка полягає у прийнятті рішень Європарламентом за участю Ради ЄС (чи, навпаки Радою ЄС, за участю Європарламенту). І лише у деяких сферах, які належать до виключної компетенції ЄС, передбачена лише консультативна участь Європарламенту (зокрема, у сфері конкуренції та встановленні правил недопущення зловживання домінуючим становищем на ринку відповідно до ст. 103 ДФЄС). Тільки у сфері спільної зовнішньої політики та політики безпеки ЄС Європарламент повністю позбавлений своїх повноважень (ст. 31 ДЄС).

Таким чином, відповідно до законотвірчих функцій можна стверджувати, що міждержавні представницькі форми значно відрізняються від національних парламентів, і тільки Європарламент сьогодні володіє досить широким, але, звичайно, обмеженим колом повноважень щодо ухвалення обов'язкових до виконання рішень. З огляду на історичне еволюційне поступове розширення функцій Європарламенту можна стверджувати, що поки що він не став повноцінним парламентом, незважаючи на свої широкі, однак обмежені законодавчі функції.

Наступним критерієм, який взятий нами для порівняння, є *фінансові повноваження* парламенту. Дійсно, особливою парламентською прерогативою є вирішення фінансових питань, зокрема розгляд і прийняття проекту бюджету. При цьому відомий конституціоналіст М. Амеллер наголошує, що історично саме боротьба за здійснення повноважень у сфері

фінансів були тим ядром, на основі якого формувалися національні парламенти. Він наголошує, що первісно парламент отримав бюджетні повноваження і тільки згодом почав розширювати свої повноваження у сфері нормотворчості⁹. За своєю суттю юридичний зміст та юридичну силу фінансовому плану держави (із видатками та доходами) надає саме парламент. У цьому аспекті в міждержавних представницьких органах тільки Європарламент має широкі повноваження. Так, у ст. 311 ДФЄС передбачено, що Рада ЄС може здійснити заходи щодо реалізації власних ресурсів тільки після згоди Європарламенту. Міжпарламентська Асамблея Ради Європи позбавлена будь-яких функцій у фінансовій сфері, які належать до компетенції Комітету Міністрів Ради Європи.

У сфері механізмів *парламентського контролю* національний конституціоналізм використовує різні методи: інститут інтерпеляції; проведення розслідувань; інститут омбудсманів; інші методи контролю над виконавчою гілкою влади з метою недопущення дискримінації та встановлення механізмів стримувань і противаг. Так, інститут інтерпеляції як один із найстаріших методів парламентського контролю відомий багатьом європейським парламентам¹⁰. У міждержавній практиці Європарламент наділений повноваженнями щодо застосування інституту інтерпеляції, що передбачено у ст. 230 ДФЄС. При цьому важливо відзначити, що Європарламенту також належать функції щодо винесення вотуму недовіри Комісії (ст. 234 ДФЄС). Крім того, серед контрольних функцій Європарламенту слід виділити повноваження щодо призначення Європейського омбудсмана, який слідкує за дотриманням прав громадян ЄС та осіб, які проживають на його території. Можна зробити висновок про запозичення контрольних механізмів Європарламенту з національних парламентів. Натомість Міжпарламентська Асамблея Ради Європи, яка за своєю структурою нагадує національний парламент, має досить обмежені повноваження, а в сфері контролю вони зводяться нанівець.

У сфері *повноважень парламенту у зовнішній політиці* саме європейські міждержавні представницькі органи мають більш чітко та широко визначене коло повноважень. На відміну від національних парламентів, де проявляються досить рамкові повноваження (визначення орієнтирів та стратегії розвитку зовнішньої політики), у міжнародних організаціях саме такі функції виходять на перший план. У міждержавних парламентських органах вони видозмінені та удосконалені порівняно з національними парламентами. Так само як і національні парламенти можуть лише

⁹ М Амеллер, *Парламенты. Сравнительное исследование структуры и деятельности представительных учреждений 55 стран мира* (Луковников З пер с англ, Прогресс 1967) 368.

¹⁰ У Франції виник ще в 1830 р., у Німеччині відома процедура “великого запиту” тощо; єдиний виняток – Велика Британія, де в “чистому” вигляді цього інституту немає, однак застосовуються інші аналоги.

спрямувати виконавчу владу у веденні переговорів щодо укладання міжнародного договору, парламентські органи міжнародних організацій також не можуть їх вести самостійно. Єдиний виняток полягає у тому, що Європарламент надає згоду на ведення переговорів про прийняття держав до ЄС або про вихід із нього (статті 49, 50 ДЄС). Хоча, звичайно, повноваження Європарламенту в сфері зовнішньої політики є досить впливовими, зокрема, у чітко визначених випадках для укладання міжнародного договору (угод про асоціацію) необхідна його згода. Крім того, для набрання чинності договору необхідна його ратифікація не тільки державами – членами ЄС, а й Європарламентом. Міжпарламентська Асамблея Ради Європи також має широкий спектр повноважень у сфері зовнішніх відносин, однак останні зводяться до налагодження міжпарламентського діалогу з іншими міждержавними парламентськими органами та організаціями. З 1989 р. Асамблея також бере участь у вирішенні кризових ситуацій.

На основі порівняльного дослідження варто дійти висновку, що запозичуючи з класичних національних парламентів принципи діяльності, міждержавні представницькі органи не акумулюють у собі в “чистому” вигляді все коло повноважень. Насамкінець, вони стають радше форумом для поширення принципів демократії, верховенства права та недискримінації, використовуючи політичні важелі. Серед усіх парламентських установ в європейських організаціях лише Європарламент у межах ЄС у взаємодії з національними парламентами відіграє вирішальну роль у виробленні та лобіюванні процесів європейської інтеграції.

З огляду на це слід погодитися з висловлюванням В. ден Берга, який відзначив, що в загальноєвропейській конституційній системі варто прирівняти роль Європарламенту до тієї ролі, яку виконують національні парламенти в державах-членах¹¹. Продовжуючи цю ідею, необхідно відзначити, що нині простежуються процеси зростання ролі національних парламентів у просуванні та ефективному поглибленні процесів європейської інтеграції у взаємодії з Європарламентом. Лісабонські договори посилили роль взаємодії Європарламенту як міждержавного представницького органу та національних парламентів держав-членів. Так, зокрема, ст. 12 ДЄС чітко вказує на те, що національні парламенти активно сприяють функціонуванню ЄС, у розпорядженні якого такі основні форми взаємодії: отримання інформації від інститутів ЄС, контроль за дотриманням принципу субсидіарності.

¹¹ Van den Berg, ‘European Parliament and National Parliament: Are they Comparable?’ in *Fifty years European Parliament Experience and Perspectives* (Greek Foundation Parliament 2009).

Ксенія Смирнова

Задля виконання цих положень Протоколом № 1 про роль національних парламентів у ЄС, доданим до установчих договорів, передбачений механізм передання до національних парламентів проєктів законодавчих актів, які, зі свого боку, передані до Європарламенту. При цьому такі проєкти законодавчих актів передаються від суб'єкта ініціювання законотворчого процесу – Комісії – одночасно до національних парламентів та Європарламенту. Також національні парламенти мають право надсилати вмотивовані висновки щодо відповідності проєкту законодавчого акта принципу субсидіарності (ст. 3 Протоколу № 1).

Висновки. Сьогодні Європейський парламентаризм можна розглядати у вузькому та широкому значеннях. У вузькому значенні він уособлює багатовікову конституційну традицію формування та функціонування дієвих та ефективних національних парламентів зі збереження принципів стримування і противаг, забезпечення верховенства права, демократії та недискримінації, використовуючи як правові, так і політичні важелі впливу. У широкому значенні його слід розуміти як механізми взаємодії національного парламентаризму з міждержавними механізмами народного представництва, які представлені на європейському континенті створенням Міжпарламентської Асамблеї Ради Європи та Європейського Парламенту в межах ЄС. У діяльності цих органів уособлюються національні конституційні принципи держави, принципи дотримання демократії, верховенства права та захисту прав людини на міжнародному рівні. У зв'язку з цим слід констатувати, що на сучасному етапі розвитку та еволюції європейського парламентаризму він здатен зробити вагомий внесок у розповсюдження та розвиток демократії в усьому світі з урахуванням національних особливостей та історичного досвіду.

Особливо слід наголосити на значенні Міжпарламентської Асамблеї Ради Європи як першого загальноєвропейського парламентського інституту та її внескові у зміцнення ролі парламентів при вирішенні актуальних суспільних проблем, розвитку демократичних інститутів і захисту фундаментальних прав та свобод людини відповідно до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Діяльність Європарламенту як найбільш наближеної моделі національного парламентаризму спрямована на підтримання миру, європейських цінностей і добробуту європейських народів, збереження солідарності при виробленні та розбудові економічних інтеграційних процесів.

Незважаючи на те, що зазначені міжнародні організації різняться між собою за кількістю учасників, метою створення, цілями, які вони покликані досягти, всіх їх об'єднує наявність у їхній структурі органів міжпар-

ламентської взаємодії. Міжпарламентські органи є унікальними форумами міжнародної співпраці й саме вони являють собою уособлення сучасного європейського парламентаризму. Вони дають змогу на міжнародному рівні ефективно вирішувати нагальні проблеми з урахуванням інтересів держав-учасниць.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Fedorova A ta Shynkarenko T, *Polityko-pravovi aspekty diialnosti Rady Yevropy: mavchalnyi posibnyk [Political and Legal Aspects of the Council of Europe: Study Guide]* (Feniks 2007) (in Ukrainian).
2. Nersesjanc V, *Istoriija politicheskikh i pravovyh uchenij: uchebnik dlja VUZov [History of Political and Legal Doctrines: Textbook for Universities]* (Norma 2004) (in Russian).

Edited and translated books

3. Van den Berg, 'European Parliament and National Parliament: Are they Comparable?' in *Fifty years European Parliament Experience and Perspectives* (Greek Foundation Parliament 2009) (in English).
4. Ameller M, *Parlamenty. Sravnitel'noe issledovanie struktury i dejatel'nosti predstavitel'nyh uchrezhdenij 55 stran mira [Parliaments. A Comparative Study of the Structure and Operation of Representative Institutions in 55 Countries]* (Lukovnikov Z per s angl, Progress 1967) (in Russian).
5. *Yevropeiske pravo: pravo Yevropeiskoho Soiuzu: pidruchnyk [European Law: Law of the European Union: Textbook: in Three Books]* (Muraviov V zah red, In Yure 2015) (in Ukrainian).
6. *Zibrannia aktiv yevropeiskoho prava. Vyp. 1: Yevropeyskyi Soiuz [Collected Acts of European Law. Issue 1: European Union]* (Smyrnova K uporiad, Muraviov V zah red, Red zhurn "Pravo Ukrainy" 2013) (in Ukrainian).
7. *Zibrannia aktiv yevropeiskoho prava. Vyp. 1-2: Rada Yevropy [Collected Acts of European Law. Issues 1-2: Council of Europe]* (Fedorova A uporiad, Butkevych V zah red, Red zhurn "Pravo Ukrainy" 2012) (in Ukrainian).

Journal articles

8. Guljaeva E, 'Parlamentarizm kak politiko-pravovaja kategorija: problemy ponimaniya i jetapy stanovlenija' ['Parliamentarism as a Political and Legal Category: Issues of Understanding and Stages of Maturing'] (2006) 13 Vestnik JuUrGU. Serija "Pravo" 61-3 (in Russian).

EUROPEAN PARLIAMENTARISM
AS A PHENOMENON OF REPRESENTATION
IN THE INTERSTATE INTEGRATION ASSOCIATIONS:
EVOLUTION OF ESTABLISHMENT AND CURRENT TRENDS

ABSTRACT. European parliamentarism should be understood as the mechanisms of interaction between national parliamentarism and interstate mechanisms of people's representation, which are represented on the European continent by the establishment of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and the European Parliament (Europarliament) within the European Union (EU) framework. The operation of these bodies embodies the State's national constitutional principles, the principles of respect for democracy, the rule of law and the protection of human rights at the international level. It is established that parliaments of most European states recourse to constant interaction which subsequently entails the establishment of powerful international organizations. Inter-parliamentary bodies are the unique forums of international cooperation, and it is these bodies that represent modern European parliamentarism. With a view to comparing the European interstate models of parliaments, the author marks out the main criteria which are the major characteristics of parliaments, in particular: the organization and structure of parliaments, the parliament's legislative functions, the parliament's financial powers, the mechanisms of parliamentary control, and the parliament's powers in foreign policy. The author proves that unicameral national parliaments, traditional for many European countries, have become the main model for interstate parliaments. At its core, the structure of international parliamentary institutions and the organization are borrowed from the classical national parliament. However, according to other criteria, there is a significant difference from national parliaments.

The purpose of the article is to define the paradigm of today's development and evolution of European parliamentarism.

The author ascertains that according to the classical parliament's legislative functions, interstate parliaments are significantly limited in their powers, and as regards the law-making functions – the interstate representative forms differ significantly from national parliaments, and only the Europarliament currently has the fairly broad but, certainly, limited terms of authority to adopt binding decisions. It is proved that while borrowing the principles of operation from classical national parliaments, the interstate representative bodies do not accumulate all of the powers in their pure form. They rather become a forum for disseminating the principles of democracy, the rule of law and non-discrimination, with the use of political levers. Among all of the parliamentary institutions in European organizations, only the Europarliament in the EU, in cooperation with national parliaments, plays a decisive role in the shaping and lobbying of the European integration processes.

One of the most distinctive trends in the development of European parliamentarism is the processes characterized by the growing role of national parliaments in the facilitation and efficient enhancement of the European integration processes, in cooperation with the European Parliament. At its present stage of development and evolution, European parliamentarism is able to significantly contribute to the dissemination and development of democracy on the global scale, with due regard for national characteristics and historical experience.

KEYWORDS: Parliamentarism; Council of Europe; European Union; European Parliament; Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

IV. Історичні витoki та сучасні виклики здійснення народовладдя в Україні

DOI: 10.33498/opus-2019-1-165



Ігор Бойко

доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри історії держави, права
та політико-правових учень
Львівського національного університету імені Івана Франка
(Львів, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6841-0271>
boyko.ist@ukr.net

УДК: 342.34:340.12 (477)

ВИТОКИ, СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ НАРОДОВЛАДДЯ В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. Національні традиції народовладдя в Україні мають багатовікову історію. Унікальність історії становлення та розвитку інституту народовладдя в Україні полягає не лише в тому, що воно має власні глибинні корені та давні традиції. Втрачаючи та знову виборюючи власну державність, український народ навіть у часи, коли був роз'єднаний сусідами-державами, підтримував ідею народовладдя з надією, що воно стане у майбутньому основою відродження Української державності. Народовладний контекст українського національного менталітету включає волелюбність і розвинутий індивідуалізм та є тією силою, яку майже неможливо знищити. Тяглість до народовладдя і справедливості була характерною рисою українців у тисячолітній історії національної державності. Для українського народу в процесі становлення та розвитку української державності особливим було і є прагнення до упорядкованості у суспільстві, демократії, народовладдя, що концентрується у праві, справедливості, правді, котрим протистоять неправда, кривда. Прагнення до порядку і народовладдя належить до тих визначальних рис, які формувалися українським народом упродовж усього періоду його існування. На становлення інституту народовладдя в Україні значно впливав високий духовний рівень українського народу (цінування справедливості, добра, щирості, доброзичливості, миролюбства, працьовитості, гідності, чесності, толерантності тощо).

Метою статті є визначення інституту народовладдя як невід'ємної складової української державно-правової традиції; аналіз традиції народовладдя в Україні як закономірності розвитку демократичних процесів та визначення особливостей національного державотворення.

Становлення інституту народовладдя тісно пов'язано із зародженням і розвитком українського державотворення. Найдавнішою формою прямого народовладдя в Україні було віче – народні збори громади чи міста, де кожен мав право висловлювати свою думку. Віче було важливим інститутом українського звичаєвого права

© Ігор Бойко, 2019

Ігор Бойко

і відоме вже в добу племінного ладу. На зборах роду, племені обиралися старійшини, пізніше – і воєначальники. Віче характеризувалось як вияв волі народу, народної влади або народовладдя.

Під впливом традицій шляхетських сеймиків та елементів староруського віча, у Запорізькій Січі сформувалася традиція проведення козацьких рад. Козацька рада була основоположним інститутом народовладдя Запорізької республіки.

Подальший розвиток інституту народовладдя в Україні пов'язаний зі становленням і розвитком Українського конституціоналізму, який має власні особливості, серед яких провідне місце посідають демократизм, повага до суспільних та індивідуальних прав. Ці засади формувалися упродовж століть відповідно до національного характеру українців, способу життя, цінностей і суспільних відносин.

Активізація розвитку інституту народовладдя в Україні відбулася у період Української Народної Республіки/Західноукраїнської Народної Республіки, котрий представлений низкою конституційних актів та проєктів, які продемонстрували правову й політичну зрілість українців під час спроби відновити національну державність у 1917–1923-х роках.

Події останніх років в Україні показали, що віче, яке нині більш відоме як мітинг, відіграло важливу роль у політичному житті нашої держави, особливо під час Помаранчевої революції та Революції Гідності. Проте українці відстояли національну гідність, продемонстрували всьому світові прагнення до волі й свободи, яке в українців є сильнішим навіть за смерть. Героїзм і жертвність борців за волю України сьогодні також допомагають нам в обороні державної самостійності та демократії.

Ключові слова: народовладдя; віче; рада; конституція; Україна.

Утвердження демократії в Україні потребує не лише осмислення закономірностей її розвитку в сучасний період, а й всебічного та об'єктивного наукового аналізу національного державницького історичного досвіду. Саме тому в сучасних умовах зростає інтерес до поглибленого вивчення історії національного державотворення та правотворення. Насамперед це стосується тих історико-правових проблем, розв'язанню яких у попередні десятиліття приділялася недостатня увага. Серед останніх особливо актуальним є дослідження історичного досвіду становлення та розвитку інституту народовладдя в Україні.

Метою дослідження є визначення інституту народовладдя як невід'ємної складової української державно-правової традиції; аналіз традиції народовладдя в Україні як закономірності розвитку демократичних процесів та визначення особливостей національного державотворення.

Як відомо, демократичність держави й суспільства визначається передусім рівнем розвитку народовладдя, тобто тим, якою мірою реально забезпечується волевиявлення та участь народу в управлінні державою. Народовладдя – це такий політичний устрій суспільства, який передбачає належність усієї суспільної влади, зокрема й державної, народові, а також вільне здійснення цієї влади народом відповідно до його

суверенної волі в інтересах як суспільства загалом, так і кожної людини й громадянина зокрема. Як зазначає Ю. Тодика, ідейними засадами народовладдя є народний суверенітет, тобто верховенство влади народу, яка здійснюється в інтересах народу¹. Народовладдя є основою демократії – політичного режиму, за якого єдиним легітимним джерелом влади в державі визнається її народ. Залежно від форми волевиявлення народу розрізняють демократію безпосередню та представницьку. За безпосередньої демократії основні рішення приймаються безпосередньо всіма громадянами, а за представницької – виборними установами (парламентами тощо). Інститут безпосередньої демократії є джерелом, основою для становлення представницької демократії. Тому народовладдя як основний і вирішальний принцип конституційного ладу України закріплене у ст. 5 Конституції України: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ»².

Інститут народовладдя є невід'ємною складовою української державно-правової традиції. Традиція народовладдя в Україні є закономірністю розвитку демократичних процесів і визначається особливостями національного державотворення. Національні традиції народовладдя в Україні мають багатовікову історію. Унікальність історії становлення та розвитку інституту народовладдя в Україні полягає не лише в тому, що воно має власні глибинні корені та давні традиції. Втрачаючи та знову виборюючи власну державність, український народ навіть у часи, коли був роз'єднаний сусідами-державами, підтримував ідею народовладдя з надією, що воно стане у майбутньому основою відродження Української державності. Народовладний контекст українського національного менталітету включає волелюбність і розвинутий індивідуалізм і є тією силою, яку майже неможливо знищити. Закріплена в мові, самосвідомості, історичній пам'яті нації, її ментальності народовладна традиція є найсильнішим національним почуттям, позаяк воно існує в суб'єктності невимовним бажанням відновити своє державне життєдайне лоно в умовах, коли нація перебуває в складі іноземної держави, влада якої зневажає її національно-традиційний демократизм³.

Прагнення до народовладдя, справедливості було характерною рисою українців у тисячолітній історії національної державності. Для українського народу в процесі становлення й розвитку української державності особливим було і є прагнення до упорядкованості в суспільстві, до демократії, до народовладдя, що концентрується у праві, справедливості,

¹ Ю Тодика, *Основи конституційного строя Украины: учебное пособие* (Факт 1999) 90.

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 01.08.2019).

³ С Свояк, *Політико-правова думка України XIX–XX століть про народовладдя* (Видавництво Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника 2015) 58.

Ігор Бойко

правді, яким протистоять неправда, кривда. Прагнення до порядку і народовладдя належить до тих визначальних рис, які формувалися українським народом упродовж усього періоду його існування. На становлення інституту народовладдя в Україні значно впливав високий духовний рівень українського народу (цінування справедливості, добра, щирості, доброзичливості, миролюбства, працьовитості, гідності, чесності, толерантності тощо). Усвідомлення цінності права народу брати участь у формуванні державної влади відбувалося у житті українців через призму української правової культури і проявлялося у визнанні права, закону головним чинником збереження, зокрема, державно-правової самобутності українського народу.

Однією з основних форм прямого, безпосереднього народовладдя є вибори, які є відображенням волі народу, способом формування конституційного ладу представницьких органів державної влади та місцевого самоврядування⁴. Шляхом виборів народ віддає суверенну владу своїм представникам, тому що він є суверенним носієм влади. Позитивна риса виборів як політико-правового інституту полягає в тому, що саме за допомогою народовладдя реалізовується становлення органів влади та місцевого самоврядування. Варто зазначити, що вибори відбувалися ще з первісних часів, коли обирали вождів. Однак пізніше виборча процедура стала більш складною і наприкінці XVIII ст. було створено класичну теорію виборів⁵.

Становлення інституту народовладдя тісно пов'язано із зародженням і розвитком українського державотворення, початок якому поклали союзи східнослов'янських племен, їхні державні політичні утворення, хоч предки українців цього часу ще не цілком диференціювалися з комплексу східнослов'янського етнополітичного масиву⁶. З початку I тис. н. е. слов'яни у писемних джерелах вже фігурують під назвою венеди. Згодом поряд із венедями з'являються дві нові назви для визначення слов'ян: анти (східні) і склавини (західні). З III – до початку VII ст. у межиріччі Дністра і Дніпра, тобто на території України, було зафіксовано існування Антської держави (військово-політичного міжплемінного союзу). Видатний український історик світової слави М. Грушевський вважав, що анти були найдавнішими генетичними предками українського народу⁷. Найдавнішою формою прямого народовладдя в Україні було віче – народні збори громади чи міста, де кожен мав право висловлювати свою думку. Віче було важливим інститутом українського звичаєвого права і відоме

www.pravoua.com.ua

⁴ М Ставнійчук, 'Форми безпосередньої демократії' в *Конституційне право України* (Погорілко В ред, Наукова думка 2002) 296.

⁵ І Панкевич, *Традиція виборності влади в Україні* (ЛНУ імені Івана Франка 2015).

⁶ І Терлюк, *Історія держави і права України (Доновітній час): навчальний посібник* (Атіка 2006) 18.

⁷ М Грушевський, *Історія України-Руси, т I* (Сохань П голов редкол, Наукова думка 1994) 176-7.

вже в добу племінного ладу. На зборах роду, племені обиралися старійшини, пізніше – і воєначальники. Віче характеризувалось як вияв волі народу, народної влади або народовладдя.

Перші письмові згадки про віче зафіксовано в історичних літописах, у найдавніших писемних творах римських учених і мандрівників I–II ст. н. е. – Плінія Старшого, Корнелія Тацита, Клавдія Птолемея та ін. Важливі відомості про зародження інституту народовладдя на землях нинішньої України містять твори готського хроніста Йордана “Про походження та діяння готів” (інша назва цієї книги “Гетика” (551 р.)). Цікаву інформацію подав візантійський історик П. Кесарійський. У праці “Історія воєн” (550–554 рр.) він детально описав побут і життя слов’ян:

Ці племена, слов’яни й анти, які не управляються однією людиною, але здавна живуть у народоправстві (демократії), і тому у них щастя і нещастя в житті вважається спільною справою. І у всьому іншому в обох цих варварських племен все життя і закони однакові. Вони вважають, що один тільки бог, творець блискавок, є владикою над усіма, і йому приносять у жертву биків і здійснюють інші священні обряди⁸.

Значні відомості про слов’янські племена у 20–50 рр. X ст. на українських землях надав арабський письменник Аль-Масуді, описавши поділ слов’ян на племена, їхні особливості, зазначивши, що вони займалися хліборобством, почасти скотарством, були суворі та сміливі, любили свободу, справедливість і народоправство⁹.

Віче відіграло суттєву роль у вирішенні важливих питань в Антській державі. Найважливіші справи анти вирішували демократичним шляхом – на народних зібраннях. Візантійські хроністи П. Кесарійський і Менандр та готський хроніст Йордан характеризували Антську державу як міцне політичне об’єднання, міжплемінний військово-політичний слов’янський союз із демократичним ладом¹⁰.

У Київській Русі, а згодом й у Галицько-Волинській державі віче займало вагомe місце під час вирішення важливих громадських і державних справ. У Київській Русі віче виконувало роль захисного механізму від тиранії та свідчило про прагнення до демократизму, найвиразнішими проявами якого були вічові традиції Русі, які не давали абсолютизуватися владі князя. Правлячий князь у разі необхідності скликав народні збори населення – віча. Функціонування віча зафіксовано в історичних літописах X–XIII ст. Зокрема, про віче згадується у Новгороді – 1016 р., Києві –

⁸ Ю Мицик та О Бажан та В Власов, *Історія України* (3-тє вид допов і переробл, Вид дiм “Києво-Могилянська академія” 2010) 15.

⁹ В Січинський, *Чужинці про Україну* (Слово 1991) 5.

¹⁰ Б Тищик та І Бойко, *Історія держави і права України: академічний курс: підручник* (Ін Юре 2015) 51.

Ігор Бойко

1068 р., Володимир-Волинському – 1097 р.; Звенигороді – 1147 р., Переяславі – 1175 р.¹¹. У головних містах Київської Русі та Галицько-Волинської держави вічеві збори були одним із верховних органів влади упродовж Х–ХІІІ ст. М. Грушевський зазначав, що ‘в моменти поважливі віче виступало як справжній суверен’¹². Через віче народ брав участь у політичному житті у бажаному для себе напрямі. Віче скликалося у “старших містах” і в менших містах (“пригородах”). Мешканці “пригородів” мали також право брати участь у вічі “старшого города”. Віче збиралося на княжому чи церковному подвір’ї або на торговиці; регулярних вічових зборів не було, а їх скликали у разі потреби князь, бояри або ініціатива йшла від народу. Зафіксованого порядку дебатів і прийняття постанов віче не знало. Рішення на віче приймали шляхом схвалення чи заперечення тієї чи іншої пропозиції криками (звідси походить саме поняття “голосувати” – подавати голос, кричати, перевагу мала та пропозиція, за яку голосніше кричали). Компетенція вічевих зборів була досить широкою. З аналізу літописних джерел бачимо, що громада на вічі не тільки затверджувала князя, а й певною мірою впливала на нього, коли він вагався, чи йти на князювання. Громада на вічі радилася з князем, висувала йому свої вимоги, і залежно від виконання їх порушувала питання про перебування його при владі. До повноважень віча, крім затвердження і позбавлення влади князів, належало вирішення питань зовнішньої політики, війни і миру, контроль над адміністрацією та судочинством, а також із питань скликання народного ополчення¹³. Віче обговорювало і вирішувало також й інші поточні питання. Так, у 1146 р. віче у Києві обговорювало зловживання княжих чиновників і вирішило подати на них скаргу князю Ігорю з вимогою встановити на майбутнє гарантії від подібних зловживань. Запросивши на віче князя, воно уклало з ним відповідну угоду.

Віче як орган народовладдя в українських князівствах мав важливе значення. За соціально-правовим характером віче було органом прямого народовладдя, аналогічним до народних зборів у давніх демократичних грецьких містах і в середньовічних державах Західної Європи, що засвідчувало вплив західноєвропейських традицій народовладдя на українських землях. У ХІІІ ст., на відміну від сусідніх, зокрема московських князівств, де князі узурпували владу, в Україні віче все ж зберігало рівнозначну роль щодо інших органів державної влади; тільки в Галицькому князівстві віче за значущістю поступалося перед боярською радою.

www.pravoua.com.ua

¹¹ В Єрмолаєв, ‘Віче в Київській Русі: питання компетенції (ІХ – середина ХІІ ст.)’ [2002] 24(31) Вісник Академії правових наук України 45-55.

¹² М Грушевський, *Очерк истории украинского народа* (Шевченко Ф сост и ист-биограф очерк, Либідь 1990) 111.

¹³ Тищик та Бойко (н 10) 66.

Українську державу того періоду на європейському рівні ідентифікували, зокрема, і за ознакою народоправства.

У XIV–XV ст. вікові збори як орган державної влади через втрату української державності поступово занепадають під час переходу українських земель у склад Польського королівства і Великого Князівства Литовського. Роль віча особливо у містах за польсько-литовської доби виконували шляхетські сеймики. Перебування українських земель у складі Великого Князівства Литовського, Польського королівства, а пізніше Речі Посполитої, з одного боку, призупинило розвиток українських традицій народовладдя, а з другого – збагатило європейським досвідом участі у роботі станovo-представницьких органів державної влади. Це змушувало українців призвичаюватися до самоврядних традицій і культури політичного представництва, які існували на Заході Європи. Шляхетський парламентаризм сприяв подальшому розвитку демократичних традицій українського народу, тягlostі до народовладдя.

У XV–XVI ст. українці в складних умовах бездержавності все ж таки розвивали інститут народовладдя у копному суді та судочинстві, яке здійснювалося відповідно до українського звичаєвого права. Копний суд ґрунтувався на принципі народовладдя, характерного українському звичаєвому праву, адже завдяки цьому інституту народ мав можливість здійснювати судову владу безпосередньо: розслідувати злочини, вирішувати спори, виконувати вироки тощо. Копні судді (кількість їх не була фіксованою та становила, залежно від справи, приблизно 10–20 осіб), що обиралися населенням копного округу, були господарями і мали постійну осілість в околиці. До особи, яка обиралася копним суддею, висувалися такі вимоги: обізнаність у звичаєвому праві; наявність до неї поваги і довіри членів громади. Перед тим як розпочати вирішення справи копні судді складали присягу¹⁴. Окрім копних суддів, на “велику копу” запрошували по одному-двох чоловіків із трьох сіл сусіднього копного округу. Вони мали назву в копному судочинстві – “люди сторонні”. У них не було права голосу, проте ці суб’єкти процесу стежили за процедурою судового розгляду, забезпечуючи його справедливність. На засіданні копного суду мали право бути присутніми власники сіл та державні чиновники, але також без права голосу. Решту копного зібрання становило селянство (громада)¹⁵. Кількість цих осіб була чималою. Так, 1629 р. у с. Липляни Овруцького повіту Київського воєводства відбулося засідання копного суду у справі викрадення меду, в якому взяли участь близько 100 осіб.

¹⁴ М Бедрій, *Копні суди на українських землях у XIV–XVIII ст.: історико-правове дослідження* (Галицький друкар 2014) 173.

¹⁵ О Щербіцкій, *Суды въ бывшемъ Великомъ княжествѣ Литовскомъ* (Вильна 1912) 24.

Ігор Бойко

Присутність громади на засіданнях копних судів забезпечувала гласність і демократизм судового процесу¹⁶.

На початку XVI ст. за Дніпровими порогами виникають невеликі козацькі поселення – січі, на базі яких у 1553–1554 рр. утворилася Запорізька Січ як осередок відновлення української державності. Під впливом традицій шляхетських сеймиків та елементів староруського віча, у Запорізькій Січі сформувалася традиція проведення козацьких рад. Створення Запорізької Січі, її самоврядної організації сприяло формуванню загальнонародного органу влади – загальних козацьких зборів, які згодом перетворилися у загальновійськову (козацьку) раду, яка об'єднувала запорізьких, городових і реєстрових козаків. Скликалася за потреби, а регулярно – 1 січня та 1 жовтня¹⁷. На козацькій раді обговорювали й вирішували питання внутрішньої і зовнішньої політики, адміністративні, судові, військові справи, обирали та скидали гетьманів, козацьку старшину. Козацька рада була основоположним інститутом народовладдя Запорізької республіки. Поступово відбувається її трансформація у загальнодержавну Генеральну раду як найвищий орган влади у Гетьманщині, що діяла на принципі прямого народовладдя. Це призвело до розширення компетенції, удосконалення процедурних механізмів роботи Генеральної ради. Спроби надати зборам Генеральної ради представницького характеру, унормувати представництво та склад за часів реєстрованого козацтва, гетьманування Б. Хмельницького, І. Виговського наближували їх до сейму. За словами сучасників, її називали “сеймовою радою”. Перетворенню Генеральної ради у вищий представницький орган Української козацької держави завадила політика наступників Б. Хмельницького, зокрема посилення особистої гетьманської влади та все більше обмеження московським урядом повноважень гетьмана і Генеральної ради. До початку XVII ст. у Війську Запорізькому загальновійськова рада була головним органом влади серед козаків. Поряд із нею існували старшинська рада, в проведенні якої брала участь лише козацька старшина, а також чорна рада, до участі якої, крім старшини, залучали велике коло рядових козаків і нижчі стани суспільства¹⁸.

Система козацьких рад періоду Запорізької Січі – генеральних, старшинських, полкових, сотенних є унікальним феноменом козацького народовладдя. У Запорізькій Січі функціонувала демократична система влади з виборністю старшин, діяли виборні органи влади й самоврядування, які розглядали найважливіші питання внутрішнього та зовніш-

www.pravoua.com.ua

¹⁶ Бедрій (н 14) 47.

¹⁷ В Шербак, ‘Запорозька Січ’ в *Енциклопедія історії України, т 3: Е-Й* (Смолій В голов редкол, Наукова думка 2005) 270.

¹⁸ Тищик та Бойко (н 10) 197-8.

нього життя Січі. Прагнення до республіканських принципів свободи, виборності владних органів, самоврядування, колегіальності, до соборності і громадської солідарності є важливою складовою української ментальності. Ради стали історичною формою Української державності.

Подальший розвиток інституту народовладдя в Україні пов'язаний зі становленням і розвитком Українського конституціоналізму, який має власні особливості, серед яких визначне місце посідають демократизм, повага до суспільних та індивідуальних прав. Ці засади формувалися упродовж століть відповідно до національного характеру українців, способу життя, цінностей і суспільних відносин. Український конституціоналізм у певні періоди випереджав аналогічні процеси в Європі. Це стосується першої демократичної конституції України і світу – “Пакти й конституції законів та вольностей Війська Запорозького” (більше відомі сьогодні як “Конституція Пилипа Орлика”), яка проголошувала незалежну Українську державу республікою, закладала підвалини поділу державної влади, юридично закріплювала систему виборів посадових осіб. Вона передбачала встановлення національного суверенітету й визначення державних кордонів, забезпечення прав людини, створення правового суспільства на засадах єдності і взаємодії трьох гілок влади – законодавчої (виборна Генеральна рада, що мала збиратися тричі на рік – Різдво, Великдень і Покрову), виконавчої (гетьман, дії якого обмежувалися законом, що виключало монархічну форму правління) і судової, підзвітної і контрольованої¹⁹. Конституція закріплювала ще не знані у тогочасній Європі засади демократичного суспільства. Принцип народовладдя проявився насамперед у тому, що Конституція розглядалась як договір поміж трьома основними політичними силами Української козацької держави: гетьманом, генеральною старшиною та Військом Запорізьким, тобто народом тогочасної України, що було характерно для української традиції народовладдя.

Середина та друга половина XIX ст. представлена двома конституційними проєктами: “Начерком Конституції Республіки” Г. Андрузького (1848–1850 рр.) та фундаментальною працею М. Драгоманова “Вільний Союз – Вільна Спілка (1884 р.)”, які передбачали інститут народовладдя.

На початку XX ст. українську конституційно-правову думку яскраво представлено проєктами Конституції М. Міхновського (“Основний Закон самостійної України – Спілки народу Українського”, 1905 р.) та М. Грушевського (“Конституційне питання і українство в Росії”, 1905 р.), які в багатьох положеннях передбачали розвиток народовладдя.

¹⁹ Т Чухліб, ‘Пакти та конституції законів і вольностей Війська Запорозького 1710’ в *Енциклопедія історії України*, т 8: *Па-Прик* (Смолій В голов редкол, Наукова думка 2011) 24.

Ігор Бойко

Конституція М. Міхновського передбачала майбутнє України як держави самостійної, з республіканською формою правління, держави, що мала будуватися на демократичних принципах. Головним принципом побудови і функціонування політичної системи оголошувалося народовладдя: ‘Уся власть належить народові українському’²⁰. За формою правління це мала бути президентсько-парламентська республіка. Для уникнення можливості узурпації влади та забезпечення демократичного устрою майбутньої держави передбачався поділ державної влади на три незалежні гілки.

Активізація розвитку інституту народовладдя в Україні відбулася у період Української Народної Республіки/Західноукраїнської Народної Республіки (далі – УНР–ЗУНР), котрий представлений низкою конституційних актів та проєктів, які продемонстрували правову й політичну зрілість українців під час спроби відновити національну державність у 1917–1923-х роках. Теза про те, що український народ є джерелом державної влади, вперше прозвучала на першому скликанні Української Центральної Ради 4 березня 1917 р. і в подальшому була юридично закріплена в її I Універсалі:

Хай буде Україна вільною. Не одділяючись від всієї Росії, не розриваючи з державою російською, хай народ український на своїй Землі має право сам порядкувати своїм життям. Хай порядок і лад на Вкраїні дають – вибрані вселюдним, рівним, прямим і тайним голосуванням Всенародні Українські Збори (Сейм). Всі закони, що повинні дати той лад тут у нас, на Вкраїні, мають право видавати тільки наші Українські Збори²¹.

Конституція УНР під назвою “Статут про державний устрій, права та вільності УНР” від 29 квітня 1918 р. у ст. 22 наголошувала, що вся влада в УНР ‘походить від народу, а її верховним органом мали стати всенародні збори, обрані рівним, прямим, таємним і пропорційним голосуванням на три роки з розрахунку 1 депутат від 100 тис. громадян’²².

На західноукраїнських землях 1 листопада 1918 р. було утворено Українську державу, яка 13 листопада 1918 р. отримала назву ЗУНР²³. Того ж дня 13 листопада 1918 р. Українська Національна Рада прийняла “Тимчасовий основний закон про державну самостійність українських

²⁰ ‘Основний закон “Самостійної України” спілки народу українського’ в *Самостійна Україна* (1905) 4.

²¹ Універсал Української Центральної Ради до українського народу, на Україні й по-за Україною сущого (I) від 10 червня 1917 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0001300-17>> (дата звернення: 01.08.2019).

²² О Мироненко, *Світоч української державності. Політико-правовий аналіз діяльності Центральної Ради* (1995) 177.

²³ Б Тищик, *Західно-Українська Народна Республіка (1918-1923). Історія держави і права* (Тріада плюс 2004) 155-62.

земель колишньої Австро-Угорської монархії”, який визначав конституційні основи новоутвореної держави²⁴. У ньому, зокрема, в статті IV говорилося, що влада в ЗУНР має належати всьому її народові, який є носієм суверенітету і який здійснює свою владу через представницькі органи, обрані громадянами незалежно від статі на підставі загального, рівного, прямого, таємного виборчого права за пропорційною системою виборів. Виборчим правом наділялися всі громадяни держави, незалежно від національності, віросповідання, статі. До виборів парламенту – Сейму – вся повнота законодавчої влади належала Українській Національній Раді, виконавчої – Державному Секретаріатові.

У двох проектах Конституції ЗУНР професора юридичного факультету Львівського університету С. Дністрянського – “Устрій Галицької Держави” (1918 р.) та “Конституції Західно-Української Народної Республіки” передбачалося відновлення незалежної демократичної української держави з республіканською формою правління, держави, в якій визначено й гарантовано права особи та громадянина, права національних меншин, інститут місцевого самоврядування, а державна влада будується за принципом народовладдя та її поділу на окремі гілки.

Про народовладдя йшлося у низці конституційних проектів, зокрема, у “Проекті Конституції У.Н.Р.” О. Ейхельмана (1920 р.). Розробник надавав важливість питанням конституційно-правового регулювання здійснення безпосередньої демократії. Він вважав, що безпосереднє народне голосування на референдумі повинно використовуватися не лише для вирішення найбільш важливих питань державного життя, а й ‘для вирішення питань звичайного законодавства, а також деяких питань з обсягу державного управління’²⁵.

У “Проекті Конституції У.Н.Р.” С. Барана (1920 р.) передбачалося конституювати УНР як президентсько-парламентську республіку, в якій вся влада належить “загалу її громадян” та здійснюється через голову держави, однопалатну Державну раду (парламент) і Раду Міністрів.

Невід’ємною складовою історії народовладдя є акти конституційного характеру Карпатської України, зокрема “Тимчасова Конституція Карпатської України” (1939 р.). 5 березня 1939 р. Сейм Карпатської України ухвалив конституційні закони – “Закон число 1” і “Закон число 2”, що визначали основи державного ладу проголошеної на території Закарпаття незалежної держави. “Закон число 1” містив статті, в яких проголошувалися та визначалися: незалежність держави; назва держави; форма

²⁴ Тимчасовий основний закон про державну самостійність українських земель бувшої австро-угорської монархії, ухвалений Українською Національною Радою на засіданню 13 листопада 1918 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0009300-18>> (дата звернення: 01.08.2019).

²⁵ О. Ейхельман, *Проект Конституції – основних державних законів – Української Народної Республіки* (СУД 1921) 96.

Ігор Бойко

правління – республіка на чолі з президентом, обраним сеймом; статус української мови як державної. “Закон число 2” передбачав надання уряду повноваження видавати за згодою президента тимчасові розпорядження з силою закону. Подальшого розвитку ці конституційні акти не набули у зв’язку з окупацією Закарпаття угорськими військами²⁶.

У липні 1944 р. з ініціативи Української Повстанської Армії та Організації українських націоналістів (бандерівців) було утворено Українську Головну Визвольну Раду (далі – УГВР) – орган політичного керівництва українським визвольним рухом, який оголосив себе “верховним органом українського народу в його революційно-визвольній боротьбі”. Установчі збори УГВР ухвалили важливі програмні документи – Універсал, Платформу та Тимчасовий устрій, які засвідчили прагнення національно-визвольного руху дотримуватися принципів народовладдя, демократії навіть у найважчих умовах підпільно-партизанської боротьби. Ідеологія та принципи формування УГВР були спрямовані на консолідацію всіх національних сил і відзначалися демократичністю. Зокрема, у “Тимчасовому устрої УГВР” зазначалося, що ‘джерелом влади УГВР є воля українського народу, виявлена в самостійницьких змаганнях всіх діючих сил народу’²⁷.

У результаті збройної агресії більшовицької Росії за допомогою місцевих більшовиків проти УНР у Харкові 25 грудня 1917 р. було проголошено Українську Радянську Соціалістичну Республіку (далі – УРСР), яка проіснувала до 24 серпня 1991 р. Багаторічне правління більшовиків-комуністів з їхньою утопічною теорією створення у короткий час суспільства “загального благоденства”, соціальної рівності та справедливості, широкої демократії та народовладдя насправді перевтілилося у тоталітарну антидемократичну диктатуру, в суспільство “людей-гвинтиків”, повністю позбавлених загальнолюдських природних прав і свобод, підвладних волі компартійно-державної еліти. У Радянській Україні в різний час було ухвалено чотири конституції (1919, 1929, 1937, 1978 рр.). Вони хоч і проголошували Україну суверенною державою, але насправді були лише ідеологічним прикриттям підвладного становища УРСР та пануючого в ній комуністичного тоталітарного режиму. У конституції УРСР 1978 р. монополія компартії на владу була закріплена офіційно у 6 ст. Тож це стало прикладом того, як Основний Закон країни став цілковитою формальністю. Крім цього, в Конституції УРСР 1978 р. було положення про будівництво розвиненого соціалістичного суспільства.

www.pravoua.com.ua

²⁶ М Вегеш, ‘Карпатська Україна’ в *Енциклопедія історії України, т 4: Ка-Ком* (Смолій В голов редкол, Наукова думка 2007) 122.

²⁷ В Чехович, ‘Українська головна визвольна рада’ в *Юридична енциклопедія, т 6: Т-Я* (Шемшученко Ю відп ред, Українська енциклопедія ім М П Бажана 2004) 768.

Одним із компонентів цієї концепції було положення про суть радянської державності – мовляв, держава стала не класовою, а загальнонародною, оскільки в різних формах народовладдя брала участь велика кількість людей (у СРСР – близько 40 млн, в УРСР – майже 10 млн). Але це було тільки формою, бо аж ніяк не змінилася тоталітарна природа держави. Ці люди, депутати різних рівнів Рад, члени численних громадських організацій, ніякої самостійної ролі не відігравали. Кожне їхнє рішення було ініційоване, запрограмоване, відрежисоване зверху, від відповідних ланок Комуністичної партії Радянського Союзу і Комуністичної партії України, а їм відводилася роль “гвинтиків” – одностайно голосувати “за”²⁸.

Наприкінці 80-х років ХХ ст. у суспільно-політичному житті СРСР відбулися серйозні зміни. Управління найбільшою територією, однією з найбільших за кількістю населення державою, диктаторськими методами безкінечно тривати не могло. У багатьох національних республіках з’явився рух протесту, почастішали прояви національно-визвольної боротьби, що були об’єктивною реакцією на політику русифікації всього населення країни, небувалого й необґрунтованого вивчення ролі та значення, культури і мови одного народу – російського. Така політика проводилася вперто й наполегливо в усіх галузях життя, і позбавляла інші народи країни своєї самоідентичності, мови, історії, традицій. Став падати і міжнародний престиж Радянського Союзу, частішали прояви його агресивності, силові спроби нав’язати свою політику й волю багатьом іншим країнам та народам. Ці негативні явища призвели до розпаду СРСР.

16 липня 1990 р. Верховна Рада УРСР прийняла Декларацію про державний суверенітет України, якою проголосила державний суверенітет України як верховенство, самостійність, повноту і неподільність влади Республіки в межах її території та незалежність і рівноправність у зовнішніх зносинах. Одним із найважливіших її розділів був розділ II “Народовладдя”, у якому зазначалося:

Громадяни Республіки всіх національностей становлять народ України. Народ України є єдиним джерелом державної влади в Республіці. Повновладдя народу України реалізується на основі Конституції Республіки як безпосередньо, так і через народних депутатів, обраних до Верховної і місцевих Рад Української РСР. Від імені всього народу може виступати виключно Верховна Рада Української РСР. Жодна політична партія, громадська організація, інше угруповання чи окрема особа не можуть виступати від імені всього народу України²⁹.

²⁸ Тищик та Бойко (н 10) 197-8.

²⁹ Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. № 55-ХІІ <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12>> (дата звернення: 01.08.2019).

Ігор Бойко

Проголошена Декларація про державний суверенітет України поклала початок конфронтації між урядами СРСР і УРСР. 19 серпня 1991 р. у Москві комуністи-консерватори здійснили невдалу спробу державного перевороту, аби відновити владу Комуністичної партії. Після провалу путчистів, 24 серпня 1991 р. Верховна Рада УРСР прийняла Акт проголошення незалежності України, який ознаменував утворення, а фактично відродження, незалежної держави – Україна. У незалежній Українській державі активно почав відроджуватися, зокрема, й інститут народовладдя.

Знаковою подією в розвитку нашого суспільства, підсумком п'ятирічного періоду існування незалежної Української держави стало прийняття 28 червня 1996 р. Конституції України. За оцінками багатьох українських та зарубіжних експертів Основний Закон України належить до найдемократичніших у світі. Демократична сутність сучасної Української держави конкретизована у ст. 5, де зазначається, що Україна за формою правління – республіка, носієм суверенітету і єдиним джерелом влади є народ. Він здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Крім того, демократичність держави визначається ще й тим, що державна влада здійснюється на засадах поділу її на законодавчу, виконавчу й судову, що діють виключно у межах своїх повноважень. Ще одна ознака демократичності (народовладдя) – встановлення в Україні системи органів місцевого самоврядування як важливої форми участі населення у розв'язанні питань місцевого значення (ст. 7). Дуже важливе й таке положення: право визначати і змінювати конституційний лад належить виключно народові й не може бути узурповане державою, її органами або посадовими особами.

Водночас Україну поступово охоплювали глибокі суспільно-політичні кризи, які загрожували розбудові української незалежності. Події останніх років показали, що віче, яке сьогодні більш відоме як мітинг, відіграло важливу роль у політичному житті нашої держави, особливо під час Помаранчевої революції та Революції Гідності. Цілком правильно зазначив суддя Конституційного Суду України (далі – КСУ) М. Мельник в Окремій думці стосовно рішення КСУ у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про всеукраїнський референдум” про те, що однією з основних причин Революції Гідності було планомірне і системне усунення українського народу від можливості здійснення ним прямого народовладдя та намагання представників попереднього політичного режиму узурпувати державну владу³⁰. Про-

www.pravoua.com.ua

³⁰ Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М. І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 57 народних депутатів України щодо відповідності

те українці відстояли національну гідність, продемонстрували всьому світові прагнення до волі й свободи, яке в українців є сильнішим навіть за смерть. Героїзм і жертвність борців за волю України сьогодні також допомагають нам в обороні державної самостійності та демократії³¹.

Нині настав час прийняти Закон України “Про народовладдя”, в якому необхідно закріпити механізм, за яким тільки народ України формуватиме основні завдання, громадяни України будуть долучатися до схвалення важливих державних рішень тощо. Важливо передбачити правовий статус діяльності віча як органу народної влади, визначити порядок його скликання, компетенцію тощо з метою утвердження і захисту народовладдя як основи Української держави.

Висновки. На основі сказаного вище можемо стверджувати, що Україна є демократичною державою, яка відродилася на основі вільного волевиявлення українського народу, реалізувавши своє невід’ємне право на самовизначення. У сучасній Україні здійснюється реальне народовладдя, повага до прав і свобод людини та громадянина, активна участь народу у формуванні державних органів влади і здійсненні контролю за їхньою діяльністю через вибори, представницькі установи, а також через віче – мітинги як найдієвіші форми безпосередньої демократії. Віче – це українська традиція народовладдя, яка характеризує українців як цінителів свободи, справедливості, демократичності. У сучасних умовах народовладдя в Україні має своєю опорою та успішно функціонує завдяки наявності багатой духовної і державно-правової спадщини, зокрема багатовікової історії Українського державотворення.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bedrii M, *Kopni sudy na ukrainskykh zemliakh u XIV–XVIII st.: istoryko-pravove doslidzhennia* [Land Courts in Ukrainian Lands in the Fourteenth and Eighteenth Centuries: a Historical and Legal Study] (Halytskyi drukar 2014) (in Ukrainian).
2. Eikhelman O, *Proekt Konstytutsii – osnovnykh derzhavnykh zakoniv – Ukrainskoi Narodnoi Respubliki* [The Draft Constitution – the Basic State Laws – the Ukrainian People’s Republic] (SUD 1921) (in Ukrainian).
3. Hrushevskiy M, *Ocherk ystoriyy ukraynskoho naroda* [Essay on the History of the Ukrainian People] (Lybid 1990) (in Russian).
4. Myronenko O, *Svitoch ukrainskoi derzhavnosti. Polityko-pravovyi analiz diialnosti Tsentralnoi Rady* [Light of Ukrainian Statehood. Political and Legal Analysis of the Activities of the Central Rada] (1995) (in Ukrainian).

Конституції України (конституційності) Закону України “Про всеукраїнський референдум” <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/nd04d710-18?lang=uk>> (дата звернення: 01.08.2019).

³¹ С Кубів, ‘Століття свободи й незламності’ (2017) 3 Право України 9-10.

Ігор Бойко

5. Mytsyk Yu ta Bazhan O ta Vlasov V, *Istoriia Ukrainy [History of Ukraine]* (3-tie vyd dopov i pererobl, Vyd dim "Kyievo-Mohylianska akademiia" 2010) (in Ukrainian).
6. Pankevych I, *Tradyttsiia vybornosti vlady v Ukraini [The Tradition of Electing Power in Ukraine]* (LNU imeni Ivana Franka 2015) (in Ukrainian).
7. Shcherbytskii O, *Sudy v byvshem Velykom kniazhestve Lytovskom [Courts in the Former Grand Duchy of Lithuania]* (Vylna 1912) (in Russian).
8. Sichynskiy V, *Chuzhyntsi pro Ukrainu [Foreigners About Ukraine]* (Slovo 1991) (in Ukrainian).
9. Svorak S, *Polityko-pravova dumka Ukrainy XIX–XX stolit pro narodovladdia [Political and Legal Opinion of the Nineteenth and Twentieth Centuries of Ukraine on People's Rule]* (Vydavnytstvo Prykarpatskoho natsionalnoho universytetu imeni Vasylia Stefanyka 2015) (in Ukrainian).
10. Terliuk I, *Istoriia derzhavy i prava Ukrainy (Donovitnii chas): navchalnyi posibnyk [History of the State and Law of Ukraine (Pre-Old Time): A Textbook]* (Atika 2006) (in Ukrainian).
11. Todyka Y, *Osnovy konstitutsyonnoho stroia Ukrainy: uchebnoe posobye [Fundamentals of the Constitutional System of Ukraine: Textbook]* (Fakt 1999) (in Russian).
12. Tyshchuk B ta Boiko I, *Istoriia derzhavy i prava Ukrainy [History of the State and Law of Ukraine]* (In Jure 2015) (in Ukrainian).
13. Tyshchuk B, *Zakhidno-Ukrainska Narodna Respublika (1918–1923). Istoriia derzhavy i prava [Western Ukrainian People's Republic (1918–1923). History of the State and Law]* (Triada plus 2004) (in Ukrainian).

Edited books

14. Hrushevskiy M, *Istoriia Ukrainy-Rusy [History of Ukraine-Rus], t 1* (Sokhan P holov redkol, Naukova dumka 1994) (in Ukrainian).
15. Stavniichuk M, 'Formy bezposerednoi demokratii' ['Forms of Direct Democracy'] v *Konstitutsiine pravo Ukrainy [the Constitutional Law of Ukraine]* (Pohorilko V red, Naukova dumka 2002) (in Ukrainian).

Encyclopedias

16. Chekhovych V, 'Ukrainska holovna vyzvolna rada' ['Ukrainian Chief Liberation Council'] v *Yurydychna entsyklopediia [Legal Encyclopedia], t 6: T-Ya* (Shemshuchenko Yu vidp red, Ukrainska entsyklopediia im M P Bazhana 2004) (in Ukrainian).
17. Chukhlib T, 'Pakty ta konstitutsii zakoniv i volnosti Viiska Zaporozkoho 1710' ['Covenants and Constitutions of the Law and Liberties of the Zporoshye Troops 1710'] v *Entsyklopediia istorii Ukrainy [Encyclopedia of Ukrainian History], t 8: Pa-Pryk* (Smolii V holov redkol Naukova dumka 2011) (in Ukrainian).
18. Shcherbak V, 'Zaporozka Sich' [Zaporizhzhya Sich] v *Entsyklopediia istorii Ukrainy [Encyclopedia of Ukrainian History], t 3: E-Y* (Smolii V holov redkol, Naukova dumka 2005) (in Ukrainian).
19. Vehesh M, 'Karpatska Ukraina' ['Carpathian Ukraine'] v *Entsyklopediia istorii Ukrainy [Encyclopedia of Ukrainian History], t 4: Ka-Kom* (Smolii V holov redkol, Naukova dumka 2007) (in Ukrainian).

Journal articles

20. 'Osnovnyi zakon "Samostiinoi Ukrainy" spilky narodu ukrainskoho' ['The Basic Laws of Independent Ukraine is the Union of the Ukrainian People'] *Samostiina Ukraina* (1905) (in Ukrainian).

21. Kubiv S, 'Stolittia svobody y nezlamnosti' ['An Age of Freedom and Unbreakability'] (2017) 3 Pravo Ukrainy 9-10 (in Ukrainian).
22. Yermolaiev V, 'Viche v Kyivskii Rusi: pytannia kompetentsii (IX – seredyna XII st.)' ['Viche in Kievan Rus: Issues of Competence (IX – mid-XII century)'] (2002) 24 Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy 45-55 (in Ukrainian).

Ihor Boiko

THE ORIGINS, ESTABLISHMENT AND DEVELOPMENT OF DEMOCRACY AS AN INSTITUTION IN UKRAINE

ABSTRACT. In Ukraine, national traditions of people's power have a centuries-long history. The history of establishment and development of people's power as an institution in Ukraine is unique not only given its deep roots and long traditions. Losing and regaining its statehood time after time, even when it was divided by the neighboring States, the Ukrainian people always stood by the idea of people's power hoping that it would become the basis for the future revival of Ukrainian statehood. The people power context of the Ukrainian national mentality comprises love of freedom and well-developed individualism; it is the force which is almost impossible to destroy. The aspiration to people's power and justice was a characteristic feature of Ukrainians throughout the thousands-year history of national statehood. In the course of Ukrainian statehood establishment and development, the specific feature of the Ukrainian people was and is the focus on well-organized society, democracy, and people's power, which is concentrated in law, justice, and truth, as opposed to untruth and falsehood. The aiming at order and people's power are among those determinant characteristics which were formed by the Ukrainian people throughout the entire period of its existence. The establishment of people's power as an institution in Ukraine was significantly influenced by the high spiritual level of the Ukrainian people (high value ascribed to justice, kindness, sincerity, goodwill, peacefulness, diligence, dignity, honesty, tolerance, etc.).

The purpose of the article is to define the institution of people's power as an essential element of the Ukrainian State's legal tradition; to analyze the people's power tradition in Ukraine as a consistent outcome ensuing from the development of democratic processes, and to determine the specific features of national State-building.

Establishment of people's power as an institution is closely connected with the emergence and development of the Ukrainian State-building. The oldest form of direct people's power in Ukraine was the veche – popular assembly of a community or a city, where every person had the right to express his or her opinion. The veche was an important institution of Ukrainian customary law and was known as long ago as in the times of the tribal society system. Such an assembly of a clan or a tribe elected their patriarchs, and later – military leaders. The veche was characterized as a manifestation of the will of the people, people's power or people's rule.

Under the influence of traditions of the szlachta Sejms and elements of the Old-Russian veche, the Zaporozhian Sich formed the tradition of Cossacks' councils (Rada).

Ігор Бойко

The Cossacks' Rada was the fundamental institution of people's power in Zaporozhian Republic.

Further development of people's power as an institution in Ukraine is linked to the establishment and development of Ukrainian constitutionalism, which has its own specific features, with democratism and respect for public and individual rights being the key among them. These fundamental principles have been formed over the centuries in line with the national character of Ukrainians, their lifestyles, values and social relations.

Development of people's power as an institution in Ukraine was intensified in the period of the Ukrainian People's Republic/the West Ukrainian People's Republic, which is represented by a number of constitutional acts and bills demonstrating legal and political maturity of Ukrainians during an attempt to restore national statehood in 1917–1923.

The events of recent years in Ukraine have shown that the veche, which is now better known as the rally, had a crucial role in the political life of our State, especially during the Orange Revolution and the Revolution of Dignity. All in all, Ukrainians have defended their national dignity and demonstrated to the whole world their aspiration to express their will and be free, and for Ukrainians this is stronger even than death. Today, the heroism and sacrifice of those who fought for Ukraine's freedom also gives us the inspiration to defend independence of our State and democracy.

KEYWORDS: democracy; veche, Rada; Constitution; Ukraine.



Віктор Колісник

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент НАПрН України,
суддя Конституційного Суду України
(Київ, Україна)
kolisnik@ccu.gov.ua

УДК 342.34

УПОВІЛЬНЕННЯ ДЕМОКРАТИЧНОГО ПОСТУПУ УКРАЇНИ НА ТЛІ НОВИХ ВИКЛИКІВ ТА ДЕЗОРІЄНТАЦІЇ ГРОМАДЯНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА

Анотація. Народовладдя стикається з численними викликами та загрозами, а процеси демократичної трансформації відбуваються доволі складно. Черговим випробовуванням для української та європейської демократії стали процеси, пов'язані з мирною протидією узурпації державної влади в Україні (наприкінці 2013 р. – на початку 2014 р.), а також подіями, пов'язаними з імітацією таких форм народовладдя, як референдум і вибори для виправдання анексії Криму та окупації частини Донбасу.

Нагальною є потреба у з'ясуванні чинників, що обумовили уповільнення відновлення народовладдя та демократичних процедур після Революції Гідності, а також нових викликів, що постали перед українською демократією.

Концепція “демократії, здатної себе захистити” не була реалізована повністю в Україні, яка має суттєві територіальні втрати. Млява та нерішуча реакція європейських інституцій, політиків і дипломатів на цинічне порушення засадничих принципів демократії та демократичних процедур під час проведення неконституційного референдуму у Криму, в Донецькій та Луганській областях у 2014 р. дезорієнтувала і світову спільноту, і українську громадськість та посадовців. Новими викликами та загрозами для народовладдя і демократії як в Україні, так і у багатьох інших державах стали посилення популізму й демагогії та поширення постправди як взаємопов'язаних процесів, обумовлених активізацією обігу навмисно спотвореної заздалегідь викривленої інформації, що дає змогу штучно ввести в оману громадськість і дезорієнтувати громадську думку, яка становить важливу умову ефективного функціонування інститутів демократії та народовладдя.

Забезпечення нової якості політичних дискусій із широкого кола визначальних проблем є обов'язковою умовою утвердження народовладдя та дієвої демократії. Слід впровадити нові форми впливу на формування громадської думки з обох боків лінії розмежування як одну з важливих умов поновлення реалізації у повному обсязі демократичних прав і свобод, відновлення демократичного врядування на тимчасово окупованих територіях та територіальної цілісності України.

Ключові слова: народовладдя; демократія; демократична трансформація; громадська думка; постправда.

Віктор Колісник

Утвердження народовладдя на різних континентах стикається з численними викликами, а процеси демократичної трансформації відбуваються доволі складно. Звільнившись від авторитарних режимів, політичні еліти та державні діячі часто декларували прихильність до народовладдя і демократичних цінностей, але обирали при цьому дуже різні типи демократичного транзиту. Задекларовані демократичні перетворення лише в деяких державах призвели до позитивних зрушень. А. Пшеворський переконаний, що 'шлях до демократії небезпечний. А остаточна мета залежить від шляху. В більшості країн, де запроваджено демократію, вона виявилась крихкою. А в деяких країнах перехід до демократії не завершився'¹.

В Україні на тлі демократичної риторики відчутних якісних змін у системі здійснення публічної влади так і не сталося, а через різке падіння обсягів виробництва, збільшення кількості безробітних та зuboжіння значна частина громадян втратила впевненість у завтрашньому дні. Багато хто змушений був працювати не за фахом, займатися важкою, непрестижною та некваліфікованою працею, що спричинило глибокий морально-психологічний злам у суспільстві та руйнацію ієрархії соціальних цінностей і пріоритетів, а також еміграцію висококваліфікованих спеціалістів. Тому в Україні, як і у деяких інших державах, відбулася дискредитація ідей демократії, лібералізму, ринкової економіки та ринкових реформ, які на тлі надмірних очікувань швидко втратили привабливість серед значної частини населення. Водночас відбулося нашарування багатьох негативних чинників, які ще й дотепер перешкоджають процесам демократизації та утвердження народовладдя².

Скептичне ставлення до інститутів демократії обумовлене низкою різних причин. Протягом тривалого часу в Україні відбувалася імітація демократичних перетворень, коли на словах ішлося про багатопартійність, внутрішньопартійний діалог, запровадження або удосконалення демократичної організації публічної влади, а насправді засадничі ідеї демократії та демократичні процедури демонстративно ігнорувалися в парламенті, всередині партій, у партійній діяльності, в діяльності представницьких органів місцевого самоврядування, що призвело до дискредитації демократичних перетворень, до зневіри у можливостях демократії. Показово, що майже дві третини населення (60,5 %) погоджується з твердженням, що 'для нормального розвитку країні потрібна "сильна

www.pravoua.com.ua

¹ А Пшеворський, 'Переходи до демократії: лібералізація і демократизація' в *Демократія: Антологія* (Проценко О упоряд, Смолоскип 2005) 605.

² В Колісник, 'Визначальні чинники демократичної трансформації державної влади в Україні' в *Демократичні засади організації і функціонування вищих органів державної влади України* (Барабаш Ю заг ред, Право 2013) 63-5.

рука”, а не розмови про демократію³. Ще більше (69,8 %) дотримується думки, що ‘Україні потрібно сьогодні ще більше порядку, навіть якщо для цього доведеться піти на деякі обмеження демократичних принципів і свобод’⁴.

Черговим випробовуванням для української та європейської демократії стали процеси, пов’язані з мирною протидією узурпації державної влади через спроби штучно згорнути демократичні процеси в Україні у 2010–2013 рр. та унеможливити демократичний поступ України. Мирні акції протесту та мирний громадянський спротив як засіб протидії авторитарним тенденціям із боку тодішнього глави держави і його оточення згодом переросли у гостру фазу із застосуванням спочатку підручних засобів, а згодом і вогнепальної зброї. На жаль, досі у судовому порядку не встановлено ні всіх головних організаторів та виконавців масового жорстокого побиття громадян, ні винуватців масового застосування вогнепальної зброї на ураження (18 та 20 лютого 2014 р.) проти протестувальників і правоохоронців.

А передувала цим подіям досить таки стримана реакція європейських інституцій та політиків на численні вияви нехтування українськими високопосадовцями демократичних принципів. З одного боку, європейські організації обережно застерігали українських політиків від ігнорування європейських демократичних стандартів, а з другого – офіційні представники української держави брали участь у численних міжнародних зустрічах і переговорах, на яких до них ставилися так, наче й не було в Україні на той час концентрації державної влади в одних руках, численних порушень прав людини та принципу поділу державної влади, маніпуляцій з виборчими та парламентськими процедурами тощо.

Незважаючи на наявність численних європейських стандартів усталеної демократії в умовах реальної політики, чергове випробовування на прихильність до демократичних принципів вдалося пройти не всім європейським політикам із гідністю та безболісно. Зокрема, після того, як Російська Федерація зухвало порушила територіальну цілісність України, анексувала Автономну Республіку Крим і місто Севастополь, спираючись при цьому на результати “псевдореферендуму”, проведеного під

³ Інформація за результатами загальнонаціонального опитування, проведеного на замовлення Інституту соціології Національної академії наук України: ‘Моніторинг’2018: основні тенденції змін громадської думки’ (Фонд ‘Демократичні ініціативи’ ім. Ілька Кучеріва, 21.12.2018) <<https://dif.org.ua/article/monitoring2018-osnovni-tendentsii-zmin-gromadskoi-dumki>> (дата звернення: 15.07.2019).

⁴ Інформація за результатами опитування громадської думки, проведеного з 16 по 22 грудня 2018 р. спільно Центром ‘Соціальний моніторинг’ та Українським інститутом соціальних досліджень імені О. Яременка: ‘Політична ситуація та електоральні орієнтації населення України: динаміка та прогнози’ (Український інститут соціальних досліджень імені О. Яременка) <<http://www.uisr.org.ua/img/upload/files/2019%2001%2003%20press-reliz.pdf>> (дата звернення: 15.07.2019).

Віктор Колісник

повсюдним тиском з боку численних груп озброєних людей, одягнених у військову форму без офіційних знаків розрізнення та приналежності, та з численними порушеннями прав людини, демократичних засад і демократичних процедур, притаманних такій формі народовладдя, як референдум. Росія фактично окупувала частину Донецької й Луганської областей, прикриваючись при цьому нею ж спровокованим сепаратистським рухом, який вона продовжує підтримувати й фінансувати дотепер, а також незаконними референдумами, проведеними так само, як і у Криму, з численними порушеннями демократичних процедур, але при цьому ще й штучно “демонізуючи” Україну в очах світової спільноти, намагаючись сформувану викривлену громадську думку про події в нашій державі (що вкотре стало викликом для демократії) та не визнаючи участі у бойових діях на Донбасі російських військових, спецслужб, інструкторів, найманців, яких часто спонукали до такої участі як через військові комісаріати Міністерства оборони Росії, так і за допомогою пропагандистських телевізійних каналів та дезорієнтації громадської думки.

Серед європейських політиків були ті, хто на словах засудив політику перегляду кордонів та втручання однієї держави у внутрішні справи іншої, однак обмежився лише абстрактною “стурбованістю” й загальним “занепокоєнням”. Так було і в 2008 р., коли російські війська вторглися до Грузії, і Росія окупувала частину грузинської території, і у 2014 р., після анексії Росією українського Криму та окупації нею частини Донбасу. Були й ті, хто наполягав на застосуванні економічних санкцій як засобу тиску на державу-агресора, але використання інших дієвих міжнародно-правових засобів, які могли б вчасно зупинити державу-агресора, категорично відкидав. Однак були й такі, хто взагалі не побачили й дотепер вдають, що не помічають порушень Російською Федерацією ні європейських демократичних стандартів, ні норм міжнародного права, ні нею ж взятих міжнародних зобов’язань, ні принципів, передбачених російською конституцією.

Кричущим прикладом поблажливого й одночасно байдужого ставлення до цинічного порушення засадничих принципів демократії та демократичних процедур стали підготовка й проведення неконституційного референдуму у Криму в лютому–березні 2014 р., результати якого було сфальсифіковано. Млява й невиразна реакція європейських інституцій, політиків та дипломатів на очевидне грубе порушення Заключного акта Ради з безпеки та співробітництва в Європі 1975 р. дезорієнтувала і світову спільноту, і українську громадськість, і, ймовірніше за все, тих, від кого безпосередньо залежало своєчасне ухвалення рішень, спрямованих на протидію агресії.

www.pravoua.com.ua

ПРАВО

УКРАЇНИ

Такий само дезорієнтуючий ефект мала й офіційна позиція США щодо неприйнятності поставок летального озброєння до України у найбільш критичні етапи російської агресії начебто з метою недопущення подальшої ескалації та розширення масштабу бойових дій на Донбасі, що сприймалося світовою спільнотою переважно як вияв далекоглядності, оскільки буцімто мало не допустити збільшення кровопролиття. Однак насправді на той час такий підхід став прикладом для інших держав, оскільки не лише партнери США звикли орієнтуватися насамперед на їхню офіційну позицію з багатьох питань. Україна ж через байдужість і нерішучість західних демократій опинилася сам на сам із набагато сильнішим за неї та підступним противником, із застарілою радянською військовою технікою (практично без засобів захисту, сучасного зв'язку, приладів нічного бачення тощо) перед агресором, який часто використовував новітні озброєння та модернізовану техніку як під час ведення бойових дій на українській території, так і під час обстрілів українських військових із території Росії за допомогою артилерії та реактивних систем залпового вогню. Тобто західна демократія, незважаючи на підтримку України на дипломатичному рівні та за допомогою застосування до держави-агресора економічних санкцій, одночасно “заплющила” очі на те, що могутній агресор скористався своїм новим озброєнням (зокрема й новітніми розробками), а жертва його агресії (зі штучно ослабленою заздалегідь, дезорієнтованою та деморалізованою системою оборони і правоохоронних органів) захищала свою територіальну цілісність винятково застарілим озброєнням та з архаїчною амуніцією. Це нагадувало бій конкістадорів, озброєних вогнепальною зброєю, з індіанцями, які на той час мали лише примітивні списи, луки та кам'яні томагавки. І це при тому, що сучасні технічні засоби, зокрема й супутникові знімки, легко могли спростувати будь-які заперечення російської сторони щодо участі її військових у війні на українському Донбасі. Зрозуміло, що за таких обставин реалізація концепції “озброєної демократії” (або “демократії, здатної себе захистити”) і в прямому, і в переносному сенсі не могла бути реалізованою повністю. А безпринципність і непослідовність в обстоюванні демократичних цінностей і стандартів обернулися зневірою та втратами позицій демократії не тільки в Україні, а й в інших європейських державах та по всьому світу.

Юридичну відповідальність за відверте знуцання над європейськими демократичними стандартами та конституційними цінностями, за порушення прав людини і норм міжнародного права, за ведення агресивної війни (хоча й “гібридними” засобами) та інші злочини мають нести і політики держави-агресора, і її військові, і найманці, що поїхали на

Донбас із різних держав, і лідери терористичних сепаратистських угруповань, які здійснюють керівництво так званими “Донецькою Народною Республікою” і “Луганською Народною Республікою”, й учасники незаконних збройних формувань, і ті, хто фінансує терористів і терористичні угруповання. Частина провини за людські, територіальні та матеріальні втрати нашої держави має лягти й на українських політиків та посадовців, через нерішучість і непрофесіоналізм яких тисячі наших співвітчизників загинули, сотні тисяч стали каліками, а мільйони втратили житло, власність, роботу й змушені поневірятися по усіх світах. Адже насамперед через їхню бездіяльність професіонали (з числа правоохоронців та військових), які були готові до рішучої протидії нападникам, надто довго залишалися в навчальних центрах, пунктах розташування, військових частинах. Через те дорогоцінний час було втрачено, важливі об’єкти у багатьох регіонах захопили нападники, що спричинило подальше загострення ситуації, і, врешті-решт, відбулася втрата значної частини нашої території, істотне зменшення економічного потенціалу, руйнація і деградація сотень окупованих міст, містечок, селищ і сіл.

Однак політичну відповідальність мають понести й політики європейських держав, особливо ті з них, хто грав роль “спостерігачів” на незаконних референдумах і виборах в анексованому Криму та окупованих районах Донбасу, створював ілюзію дотримання демократичних процедур, імітував їх легітимізацію, відвідував ці регіони одноособово та у складі “делегацій”, а також ті, хто продовжує підігрувати державі-агресору на різних політичних і дипломатичних майданчиках або й надалі не бажає помічати очевидних порушень європейських демократичних стандартів і демократичних процедур, прихованих за зовнішньо демократичною формою.

Новими викликами для народовладдя і демократії як в Україні, так і у багатьох інших державах стали посилення популізму й демагогії та поширення постправди як взаємопов’язаних процесів, обумовлених активізацією обігу штучно спотвореної й заздалегідь викривленої інформації. Добре відомо, що демократія і демократичні процеси живляться достеменною інформацією про події, явища та процеси, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому світі. Коли ж інформація, що використовується для оцінки певного явища (події, обставин, умов, процесів), є спотвореною, викривленою чи видозміненою, тоді й рішення, ухвалені навіть із дотриманням належних демократичних процедур, частіше за все будуть неоптимальними, нереалістичними та відірваними від життя, а сподівання на досягнення запланованого позитивного ефекту, якісних змін та істотних прогресивних зрушень імовірніше за все

можуть виявитися марними. Тобто у тих випадках, коли інформаційний простір надмірно засмічений свідомо перекрученою інформацією (постправдою, фейками, припущеннями та гіпотезами, які подаються як достеменні, доведені та перевірені факти, тощо), тоді під великим запитанням може опинитися така складова ліберальної демократії, як ‘альтернативні джерела інформації (разом із незалежними засобами), до яких громадяни мають необмежений доступ’⁵.

В умовах так званої “гібридної” війни, яку ведуть проти української держави російські спецслужби і військовики із залученням могутніх медіа-холдингів та інтернет-ресурсів, у доволі насиченому українському інформаційному просторі виникає і постійно змінюється спотворена символічна реальність, яка суттєво засмічує цей простір, хоча має дуже мало спільного з реальним перебігом подій, явищ та процесів. Коли російський військовий контингент анексував Крим, тоді глава російської держави привселюдно оголосив, що російські військові не брали участі у блокуванні українських військових частин та будь-яких інших акцій на півострові, однак уже через рік він так само цинічно стверджував, що російські військові тоді стали поза спинами цивільних. А депутат Державної Думи Росії стверджувала на засіданні Парламентської Асамблеї Організації з безпеки і співробітництва в Європі 8 липня 2019 р. про те, що вона начебто бачила “неозброєним оком” із борту Міжнародної космічної станції ‘як рвалися бомби і снаряди на території Донбасу й Луганська’ і те, що ‘вони летіли з території розташування Збройних Сил України’⁶. Подібні абсурдні твердження та відвертий обман дозволяють собі і численні засоби масової інформації, і дехто з політиків та навіть лідерів держав, парламентарів, урядовців, спотворюючи уявлення про події, явища та процеси. Врешті-решт, у багатьох випадках вирішального значення набуває та навіть домінує в інформаційному просторі не повна й точна інформація, а лише дуже далека від неї її суб’єктивна інтерпретація.

До того ж і соціальні мережі досить часто використовують алгоритми, засновані на попередніх запитах користувачів, штучно створюючи ілюзорне уявлення про те, що переважна більшість соціуму підтримує певне (“саме таке”) бачення (уявлення, думку, позицію, оцінку) якогось конкретного феномену, події чи явища, яке чомусь майже повністю збігається з думкою користувача. А хибні чи викривлені уявлення дають

⁵ Л Даймонд, ‘Визначення та розвиток демократії’ в *У пошуках правильної парадигми: Концептуальні перспективи посткомуністичного переходу у країнах Східної Європи* (пер з англ, Гузіна Д ред, Перлін Дж гол ред серії і автор передм, Кокорська О наук ред, Ай Бі 2003) 62-3.

⁶ ‘В ОБСЄ депутат з Росії заявила, що з космосу бачила, як гинуть люди на Донбасі’ (УНІАН, 08.07.2019) <<https://www.unian.ua/politics/10610163-v-obsye-deputat-z-rosiji-zayavila-shcho-z-kosmosu-bachila-yak-ginut-lyudi-na-donbasi.html>> (дата звернення: 15.07.2019).

Віктор Колісник

змогу за допомогою маніпуляцій штучно дезорієнтувати, зміщувати, корегувати громадську думку, яка завжди була важливою умовою ефективного функціонування інститутів демократії.

Відрізнути постправду, фейкові новини та повідомлення, особливо ті з них, що виготовлені та подані майстерно й витончено, часто переплетені з достеменною інформацією та подаються як сенсаційні, вдається далеко не всім. Через те громадська думка, громадські оцінки певних подій, явищ і процесів стають однобічними й вразливими, а громадська увага та акценти громадськості збиваються на дріб'язкові або другорядні деталі замість того, щоб повністю осягнути всю сутність проблеми, достеменні та визначальні причини її виникнення, а також чинники, які істотно впливають на перебіг цих подій, явищ та процесів. За таких умов громадський контроль і громадсько-політична активність, а також рішення, ухвалені навіть з огляду на демократичні цінності та з дотриманням демократичних процедур, втрачають свою ефективність і перетворюються на профанацію, стають спрощеними, формальними, поверховими, іноді навіть примітивними. А зовнішня форма починає домінувати над змістом і стає важливішою за результати, наслідки, досягнутий ефект чи вплив на розвиток суспільно-політичних, економічних, духовно-культурних процесів. Тому й шляхи та засоби вирішення складних проблем, що постають перед суспільством, можуть виявитися вкрай неефективними чи навіть хибними насамперед через те, що такі шляхи й засоби визначаються у рішеннях, які хоча й ухвалені з дотриманням вимог демократичної процедури, однак ґрунтуються на штучно викривленій інформації.

Формуванню громадської думки мають обов'язково передувати всебічні громадські обговорення та внутрішньопартійні дебати з широкого кола питань та проблем, тобто демократія неможлива без широкої дискусії. Зокрема, П. Розанвалон зазначає:

<...> демократичне життя передбачає існування відкритого форуму, де можуть обговорюватися важливі питання до того, як своє слово скажуть виборці або парламентарі <...>. Дискусії й суперечки відбуваються розосереджено. Маємо, передусім, численні арени, розкидані між різними інституціями і різними місцями суспільного життя <...>⁷.

Він акцентує увагу на тому, що 'функція агрегування діапазонів і арен обговорення, яку виконують вибори, перебуває в центрі демократичного життя', однак дискусії не розчиняються у виборах, а вибори не погли-

www.pravoua.com.ua

⁷ П. Розанвалон, *Демократична легітимність. Безсторонність, рефлексивність, наближеність* (Марічев Є пер з фр, Києво-Могилянська академія 2009) 162.

нають усі форми обговорення, які слід розвивати й надалі та 'робити це в такий спосіб, щоб можна було підтримувати і розвивати якість публічних дебатів'⁸. Тобто формування громадської думки, яка становитиме основу дієвої демократії (насамперед ухвалення з дотриманням демократичної процедури зважених рішень і здійснення ефективного громадського контролю), має здійснюватися через всебічне, глибоке та фахове обговорення передусім тих питань і проблем, що є важливими та навіть визначальними для подальшого прогресивного поступу суспільства чи громади. Якщо ж обговорення збивається на манівці, стосується дріб'язкових аспектів, або ж його туди виштовхують штучно, тоді воно навряд чи зможе сприяти позитивним зрушенням та у кращому випадку веде до тупцювання на місці.

У такому контексті варто порівняти процес формування громадської думки як передумови належного рівня ефективності громадського контролю у різних політичних системах. Показовим є приклад вотергейтського скандалу, коли журналістське розслідування щодо стеження представниками спецслужб США за виборчим штабом політичних опонентів глави держави настільки збурило громадськість і сформувало таку негативну громадську оцінку незаконного втручання у виборчий процес, що спеціально створена комісія Сенату змушена була провести тривале та прискіпливе парламентське розслідування. За результатами цього розслідування та під тиском громадської думки тодішній Президент США Р. Ніксон змушений був подати заяву про дострокову відставку з поста глави держави, оскільки зрозумів, що розгнівана громадськість не подарує і не пробачить йому такого зловживання службовим становищем, а його імпичмент під тиском громадської думки, без сумніву, став би неминучим.

В Україні формування громадської думки та громадський контроль, пов'язані з перебігом суспільно-політичних процесів, склалися дещо по-іншому, особливо на переломних етапах українського державотворення. Так, наприклад, після втечі за межі країни тодішнього глави держави В. Януковича 22 лютого 2014 р. розгнівані активісти та збентежена громадськість вимагали рішучих дій і швидкого з'ясування причин гострої політичної кризи, яка й призвела до трагічних подій і жахливих наслідків, зокрема, до масової загибелі протестувальників і правоохоронців через застосування вогнепальної зброї. Одним із таких засобів, покликаних заспокоїти громадську думку, стала постанова Верховної Ради України від 24 лютого 2014 р. "Про реагування на факти порушен-

⁸ Розанвалон (н 7) 163.

Віктор Колісник

ня суддями Конституційного Суду України присяги судді”⁹. В її основу було покладено твердження про те, що саме рішення Конституційного Суду України (далі – КСУ) від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010¹⁰ начебто започаткувало узурпацію державної влади В. Януковичем та буцімто наділило його “диктаторськими” повноваженнями.

Подібні твердження, коментарі та експертні оцінки, що ґрунтуються на зазначеній Постанові та продовжують поширюватися, насправді є своєрідним засобом тиску на формування громадської думки, маніпуляції нею та відвернення уваги громадськості від справжніх причин, які обумовили посилення влади В. Януковича, адже йому вдалося не лише повернутися із політичного небуття після Помаранчевої революції 2004 р., а й “зіп’ястися” на політичний Олімп, стати унікальною політичною фігурою, яка двічі в новітній історії України змогла згуртувати проти себе українське суспільство так, як не зміг його об’єднати жодний український політик.

У постанові Верховної Ради України від 24 лютого 2014 р. “Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді” зазначається, що рішенням від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 КСУ ‘порушив засадничий конституційний принцип народовладдя, змінив конституційний лад України, порушив конституційний принцип розподілу влад’¹¹. Однак, якщо уважно та прискіпливо проаналізувати цю тезу, то саме вона відразу ж руйнує всю вразливу логіку цього рішення. Адже якщо припустити, що КСУ “змінив конституційний лад України”, визнавши неконституційними зміни, внесені до Конституції України 8 грудня 2004 р., тоді виходить, що й Верховна Рада України так само змінила конституційний лад у 2004 р., адже відбувся перехід до парламентсько-президентської форми правління. Однак при цьому парламент знехтував вимогою ч. 3 ст. 5 Конституції України, згідно з якою ‘право визначати і змінювати конституційний лад в Україні належить виключно народові’¹², та не звернувся з цього приводу до народу. Отже, спочатку саме парламент змінив конституційний лад, але всеукраїнський референдум із цього питання не призначив, а КСУ лише поновив

⁹ Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді: постанова Верховної Ради України від 24 лютого 2014 р. № 775-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/775-18>> (дата звернення: 15.07.2019).

¹⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004 року № 2222-IV (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10>> (дата звернення: 15.07.2019).

¹¹ Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді (н 9).

¹² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 15.07.2019).

конституційну справедливість, повернувши ту форму правління, згоду на зміну якої народ не надавав.

Важливим аргументом є той факт, що тими самими конституційними повноваженнями користувалися на посаді Президента України Л. Кучма (майже вісім з половиною років з 28 червня 1996 р. по 23 січня 2005 р.) та В. Ющенко (майже рік – до 1 січня 2006 р.), але диктатором жодний із них не став. Тож В. Янукович сконцентрував владу у своїх руках не тому, що отримав за допомогою зазначеного рішення КСУ такі саме повноваження, а тому, що доволі часто взагалі не звертав уваги на Конституцію України та не зважав на межі своїх повноважень.

Виникає запитання й щодо того, яким чином український парламент встановив факти, що начебто свідчать про “порушення суддями КСУ присяги судді”, та чи були підтверджені ці факти доказами? Аналіз стенограми засідань Верховної Ради України дає підстави для висновку, що такі докази не були надані ні народним депутатам, ні суду. Факти “порушення суддями Конституційного Суду України присяги судді” не доведені досі, хоча минуло вже понад п’ять років, а досудове слідство все ще триває. Вражає й те, що у зв’язку з “порушенням суддями Конституційного Суду України присяги судді” Верховною Радою України так і не була створена парламентська тимчасова слідча комісія, яка збирала б та досліджувала відповідні матеріали, опитувала свідків тощо. Тобто приклади ефективного парламентського розслідування, відомі з історії парламентаризму, залишилися поза увагою народних депутатів України як VII, так і VIII скликань.

Насправді жоден з українських президентів ніколи не мав диктаторських повноважень, хоча інколи вони виходили за межі власних повноважень. В. Янукович зробив процес виходу за межі конституційних повноважень буденним та навіть звичним явищем. Варто нагадати, що В. Янукович, приведений до присяги як глава держави 25 лютого 2010 р., відразу ж почав порушувати Конституцію України. Це виявилось і в процесі формування Уряду в березні 2010 р., і під час побудови так званої “владної вертикалі”, котра була запроваджена вже протягом перших 100 днів його президентства й незабаром набула рис “жорсткої вертикалі”. На заваді посиленню авторитарних тенденцій у повсякденному спілкуванні та діяльності В. Януковича і його оточення не стали ні Конституція України, ні Верховна Рада України, яка самоусунулася від здійснення парламентського контролю за іншими гілками державної влади. Після приведення до присяги В. Януковича Конституція України зі змінами від 8 грудня 2004 р. була чинною ще понад сім місяців, проте фактично не діяла, зокрема, у тій частині, що стосувалася механізму взаємодії органів

Віктор Колісник

державної влади та меж їхніх повноважень. Тобто В. Янукович за дієвої підтримки “Партії регіонів України” та своєї команди привласнив надмірні повноваження не тому, що відбулося повернення до початкового тексту Конституції України 1996 р., а тому, що нехтував будь-якими конституційними нормами взагалі, незалежно від того, яка саме редакція української Конституції діяла у той чи інший період його перебування на посаді глави держави¹³.

Тодішній глава держави нехтував і тими нормами Конституції, що діяли раніше, і тими конституційними нормами, повернення до яких відбулося після 30 вересня 2010 р. Так звані “диктаторські” повноваження В. Янукович привласнив собі не завдяки, а всупереч вимогам Основного Закону, тобто саме тому, що він взагалі “не помічав” вимог Конституції України у будь-якій редакції, з внесеними до неї змінами чи без них¹⁴. А так звані механізми “стримувань і противаг” не запрацювали належним чином не через їхню відсутність, а тому, що ними як конституційними можливостями не скористалися чи не змогли скористатися відповідні суб’єкти й насамперед українські парламентарі. Тобто проблема полягала насамперед не в Конституції, не у вадах конституційного тексту, а в політичній еліті, яка часто запопадливо плазувала перед господарем президентських апартаментів або ж аплодувала його новим крокам, виявивши у багатьох випадках страх, нерішучість і непрофесіоналізм.

Очевидно, що і провальні реформи, і стрибок цін, і падіння гривні, і перебування української економіки на межі дефолту (за визнанням тодішнього Прем’єр-міністра України М. Азарова у грудні 2013 р.), і масштабне розкрадання державного та місцевих бюджетів, і жахливий стан судової та правоохоронної системи, і жалюгідний рівень обороноздатності України – це результат, перш за все, старанно вибудованої В. Януковичем “жорсткої владної вертикалі”, яка з самого початку означала відверте нехтування демократичними принципами та демократичними процедурами.

Змусивши втекти ключових фігурантів, котрі репрезентували недемократичний режим В. Януковича, активісти фактично “висмикнули” з “владної вертикалі” визначальні ланки, що призвело до її руйнації. Але така руйнація відбулася не повністю й саме тому залишки вказаної вертикалі продовжували гальмувати процес відновлення та легітимації системи конституційних органів держави, поновлення функціонування громадянського суспільства та, що найголовніше, повернення до здорового глузду в усіх сферах його життєдіяльності.

www.pravoua.com.ua

¹³ В Колісник, “Міф про “диктаторські” повноваження глави Української держави (*Права Людини в Україні. Інформаційний портал Харківської правозахисної групи*, 15.04.2014) <<http://khpg.org/index.php?id=1397584046> (дата звернення: 15.07.2019).

¹⁴ Там само.

Тобто В. Янукович, постійно виходячи за межі конституційних приписів, фактично привласнив собі “диктаторські” повноваження всупереч вимогам Конституції України та створив свою “жорстку владну вертикаль”, після зруйнування якої її залишки активно протидіяли спробам налагодити належні умови для ефективного функціонування державних інституцій на демократичних засадах і сприяли російській агресії. При цьому використовувалися різні засоби, зокрема й залякування посадовців або спонукання їх до нехтування повноваженнями та до бездіяльності. Наприклад, багато правоохоронців не виконували свої обов’язки під час захоплення важливих адміністративних споруд і державних об’єктів у Криму та інших регіонах України російськими громадянами. Останні часто діяли під виглядом протестувальників, які начебто “мирно боролися” за якісь особливі “права Донбасу”, а також за те, щоб “Донбас почувли”, однак чомусь за п’ять років ще ніхто доступно, чітко й зрозуміло не сформулював, що саме мала б почувти українська влада від стурбованих жителів цього регіону.

Таким чином, штучно змістивши акценти та зосередивши надмірну увагу на другорядних аспектах (наприклад, на істотно перебільшеній та штучно гіперболізованій ролі КСУ у концентрації державної влади В. Януковичем), народні депутати України сприяли відверненню уваги громадськості від з’ясування справжніх причин політичної кризи та трагічних подій на Майдані Незалежності й прилеглих до нього вулиць, що відбулися 18 та 20 лютого 2014 р. Політики, громадські діячі та експерти, які продовжують поширювати подібні твердження (зокрема, щодо ролі КСУ в узурпації державної влади В. Януковичем), насправді вводять в оману українське суспільство, майстерно підсовуючи громадськості уявні об’єкти для критики, хибні проблеми для дискусії, відволікаючи від інших проблем і підштовхуючи вкотре до боротьби з “вітряками”. Хоча, можливо, “наглядачі” з оточення В. Януковича й намагалися “вмонтувати” якусь частину конституційних суддів у систему тотального підпорядкування державно-владних інституцій забаганкам тодішнього глави держави, проте їхня роль не могла бути визначальною, а досудове слідство, що проводиться вже понад п’ять років, цього не підтвердило. І навіть тоді, коли на відкритій частині пленарного засідання КСУ народними депутатами було внесене клопотання про відвід окремих суддів від розгляду справи про люстрацію у зв’язку з тим, що вони голосували за рішення КСУ від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010, до матеріалів справи була долучена довідка Генеральної прокуратури України, зміст якої зводився лише до: 1) посилання на постанову Верховної Ради України від 24 лютого 2014 р. “Про реагування на факти порушення суддями Конституційного Суду України присяги

Віктор Колісник

судді” (хоча такі порушення парламент не встановив); 2) інформації про заплановані допити; 3) інформації про призначення експертизи. Але ні результатів експертиз, ні жодних інших переконливих доказів участі суддів КСУ у забезпеченні В. Януковичу можливості узурпувати державну владу не було надано (окрім таких собі припущень).

Не менш важливим є висновок про те, що окремі демократичні засоби, форми вияву, обстоювання та формування громадської думки і політичної волі громадян (зокрема, такі як референдуми, вибори, мирні зібрання, акції протесту, об'єднання громадян та навіть відкриті дискусії) широко використовуються для звуження або руйнації самої демократії. Показовим є приклад залучення групи спецназу Управління державної охорони для звільнення захопленої терористами у квітні 2014 р. будівлі донецького обласного Управління Служби безпеки України. Виявляється, ця група в умовах деморалізації та дезорієнтації правоохоронних органів після подій на Майдані була залучена для охорони Верховного Суду України через те, що кілька десятків активістів вирішили втілювати в життя “ідеї Майдану” шляхом проведення спонтанної, самовільної “люстрації” щодо суддів. Тобто, поставивши за мету очищення судової системи та когорти посадовців різних рівнів від одіозних осіб саме таким способом, ці активісти, не маючи ні мети, ні бажання переосмислити та проаналізувати ту складну ситуацію й загрози, які нависли над крихкою українською демократією, штучно прив'язали до столиці й без того малочисельні групи реагування на терористичні загрози, змусивши їх здійснювати невластиву для них діяльність і фактично “підігравши” сепаратистам і їхнім кураторам. Інерція майданних настроїв у той час змушувала багатьох активістів виходити на вулиці й шукати нові форми якимось нагадати про себе чи проявити себе (так само як одіозний Сашко Білий), однак спрощене бачення тодішньої ситуації та низький інтелектуальний рівень багатьох із них не дав змоги раціонально оцінити її та визначити пріоритетні напрями відновлення демократичної системи здійснення публічної влади, об'єктивно оцінити рівень терористичної загрози, реалістично зважити різні цінності (зокрема, потребу збереження територіальної цілісності та необхідність оновлення складу посадовців).

А нечисленні групи професіоналів і боездатних військових підрозділів, що прибули навесні 2014 р. до міст із захопленими терористами адміністративними будівлями, у критичні моменти залишилися без підтримки, боєприпасів, харчів, зв'язку та координації дій, часто змушені були проводити спецоперації самотужки, вести бойові дії в оточенні, з переважними силами бойовиків. Ніхто не намагався тоді врахувати психологію натовпу й інерцію мислення тих людей, які вже давно були отруєні

www.pravoua.com.ua

антиукраїнською пропагандою та перед очима яких майорів, як орієнтир, порівняно “легкий” спосіб швидко змінити своє життя на краще так само, як і в Криму, й уже незабаром отримувати “високі” російські пенсії і зарплати, відразу вирішивши всі свої проблеми.

І хоча, як доволі скептично зазначає Е. Гутман, ‘жодне суспільство не досягло успіху в просвіті громадської думки, не домігшись, щоб вона невідступно шанувала умови ліберальної демократії’¹⁵, прихильники української демократії мали б більш широко та набагато активніше подавати власну інтерпретацію тих подій. Однак ні тоді, ні у наступні роки так і не було застосовано ефективних засобів протидії антиукраїнській пропаганді та спробам “демонізувати” і київський Майдан, і українських військових, правоохоронців, добровольців та волонтерів. Водночас на поверхні лежить ідея щодо встановлення поряд із лінією розмежування могутніх ретрансляторів, які на популярних діапазонах передавали б через канали радіомовлення глибокі аналітичні матеріали, цікаві статті, повідомлення, інтерв’ю з відомими діячами (політиками, юристами, правозахисниками, політологами, експертами, істориками тощо), яких багато розміщено на різних сайтах і які можна було б періодично повторювати, постійно надаючи жителям районів, прилеглих до лінії розмежування з обох її боків, можливість отримати альтернативне бачення та іншу інтерпретацію подій ніж ту, що постійно засмічує інформаційний простір і свідомість людей через пропагандистські канали Росії та терористичних угруповань. Такі заходи змусять когось засумніватися у повідомленнях пропагандистів, когось – критично поставитися до їх тверджень, а когось, можливо, й до визнання абсурдності тієї ситуації, що склалася на окупованих територіях. А це вже може сформувати моральну готовність і ментальне підґрунтя для повернення довіри до інститутів демократії хоча б у частини мешканців цих районів, стимулювати їх бажання підтримати відновлення на цих територіях відомих здобутків української демократії – справжніх виборів і місцевих референдумів, свободи висловлювань та вираження поглядів, свободи об’єднань, свободи мирних зібрань, свободи пересування, вільного підприємництва та багато інших демократичних за своєю сутністю прав і свобод людини, а отже, й сприятиме у майбутньому відновленню на цих територіях повноцінної реалізації права на демократичне врядування та функціонування усієї системи здійснення публічної влади на демократичних засадах і з дотриманням демократичних процедур на підставі Конституції України та українського законодавства.

¹⁵ Е. Гутман, “Типи і парадокси демократії” в *Демократія: Антологія* (Проценко О упоряд, Смолоскип 2005) 146.

REFERENCES

Bibliography

Edited and translated books

1. Daimond L, 'Vyznachennia ta rozvytok demokratsii' ['Definition and Development of Democracy'] v *U poshukakh pravylnoi paradyhmy: Kontseptualni perspektyvy postkomunistychnoho perekhodu u krainakh Skhidnoi Yevropy* [In Search for a Proper Paradigm: Conceptual Perspectives of Post-Communist Transition in Eastern Europe] (per z anhl, Huzina D red, Perlin Dzh hol red serii i avtor peredm, Kokorska O nauk red, Ai Bi 2003) (in Ukrainian).
2. Hutman E, 'Typy i paradoksy demokratsii' ['Types and Paradoxes of Democracy'] v *Demokratiia: antolohiia* [Democracy: An Anthology] (Protsenko O uporiad, Smoloskyp 2005) (in Ukrainian).
3. Kolisnyk V, 'Vyznachalni chynnyky demokratsychnoi transformatsii derzhavnoi vlady v Ukraini' ['Determining Factors of Democratic Transformation of State Power in Ukraine'] v *Demokratychni zasady orhanizatsii i funktsionuvannia vyshchyykh orhaniv derzhavnoi vlady Ukrainy* [Democratic Foundations of Organization and Functioning of the Supreme Bodies of Ukraine's State Power] (Barabash Yu zah red, Pravo 2013) (in Ukrainian).
4. Pshevorskyi A, 'Perekhody do demokratsii: liberalizatsiia i demokratyzatsiia' ['Transitions to Democracy: Liberalization and Democratization'] v *Demokratiia: antolohiia* [Democracy: An Anthology] (Protsenko O uporiad, Smoloskyp 2005) (in Ukrainian).
5. Rozanvalon P, *Demokratychna lehitymizm. Bezstoronnist, refleksyvnist, nablyzhenist* [Democratic Legitimacy. Impartiality, Reflexivity, Approximation] (Marichev Ye per z fr, Kyievo-Mohylianska akademiia 2009) (in Ukrainian).

Websites

6. 'Monitorynh'2018: osnovni tendentsii zmin hromadskoi dumky' ['Monitoring' 2018: Major Trends in the Change of Public Opinion'] (*Fond "Demokratychni initsiatyvy" im. Ilka Kucheriva*, 21.12.2018) <<https://dif.org.ua/article/monitoring2018-osnovni-tendentsii-zmin-gromadskoi-dumki>> (accessed: 15.07.2019) (in Ukrainian).
7. 'Politychna sytuatsiia ta elektoralni oriantatsii naseleennia Ukrainy: dynamika ta prohnozy' ['Political Situation and Electoral Orientations of the Population of Ukraine: Dynamics and Forecasts'] (*Ukrainskyi instytut sotsialnykh doslidzhen imeni O. Yaremenka*) <<http://www.uisr.org.ua/img/upload/files/2019%2001%2003%20press-reliz.pdf>> (accessed: 15.07.2019) (in Ukrainian).
8. 'V OBSIe deputat z Rosii zaiavyla, shcho z kosmosu bachyla, yak hynut liudy na Donbasi' ['In the OSCE, the Deputy from Russia Said that She Saw from the Space How People Die in the Donbass'] (*UNIAN*, 8.07.2019) <<https://www.unian.ua/politics/10610163-v-obsye-deputat-z-rosiji-zayavila-shcho-z-kosmosu-bachyla-yak-ginut-lyudi-na-donbasi.html>> (accessed: 15.07.2019) (in Ukrainian).
9. Kolisnyk V, 'Mif pro "dyktatorski" povnovazhennia hlavy Ukrainiskoi derzhavy' ['The Myth about the "Dictatorial" Powers of the Head of the Ukrainian State'] (*Prava Liudyny v Ukraini. Informatsiynyi portal Kharkivskoi pravozakhysnoi hrupy*, 15.04.2014) <<http://khp.org/index.php?id=1397584046>> (accessed: 15.07.2019) (in Ukrainian).

Viktor Kolisnyk

SLOWDOWN OF UKRAINE'S DEMOCRATIC PROGRESS
AGAINST THE BACKGROUND OF NEW CHALLENGES
AND DISORIENTATION OF CIVIL SOCIETY

ABSTRACT. Democracy is facing numerous challenges and threats, and the processes of democratic transformation occur rather difficultly. Another test for Ukrainian and European democracy arose in the form of the processes associated with peaceful counteraction to the usurpation of State power in Ukraine (in late 2013 and early 2014), as well as with events relating to the imitation of such forms of democracy as referendum and elections aimed at justifying the annexation of Crimea and the occupation of a part of Donbass.

There is an urgent need to clarify the factors which entailed the slowdown in the reinstatement of democracy and democratic procedures after the Revolution of Dignity, as well as the new challenges faced by Ukrainian democracy.

The concept of “democracy able to defend itself” has not been fully implemented in Ukraine which has significant territorial losses. The sluggish and indecisive response of European institutions, politicians and diplomats to the cynical violation of the fundamental principles of democracy and democratic procedures during the unconstitutional referendum in Crimea, in Donetsk and Luhansk oblasts in 2014 also disoriented the world community, the Ukrainian public and officials. The new challenges and threats have arisen to rule of the people and democracy both in Ukraine and in many other states, namely, enhancement of populism and demagoguery and spread of post-truth as interrelated processes ensuing from intensification of the circulation of deliberately distorted and intentionally garbled information making it possible to artificially mislead the public and disorient public opinion which is an important condition for the efficient functioning of the institutions of democracy and rule of the people.

Ensuring a new quality of political debate on a wide range of key issues is a prerequisite for the establishment of rule of the people and efficient democracy. There is a need to introduce new forms of influence on how public opinion is formed on both sides of the demarcation line as one of the major conditions for reinstating the full implementation of democratic rights and freedoms and for restoring democratic governance in the temporarily occupied territories and the territorial integrity of Ukraine.

KEYWORDS: rule of the people; democracy; democratic transformation; public opinion; post-truth.



Владислав Федоренко

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
директор Науково-дослідного центру судової експертизи
з питань інтелектуальної власності
Міністерства юстиції України, професор кафедри
публічного управління та публічної служби
Національної академії державного управління
при Президентові України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0001-5902-1226>
fedorenko_2008@ukr.net

УДК 342.4

ДЕМОКРАТІЯ, ДЕМОКРАТИЗАЦІЯ ТА ФЕНОМЕН “ЕЛЕКТОРАЛЬНОЇ РЕВОЛЮЦІЇ” 2019 РОКУ В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. Стаття присвячена проблемам становлення і розвитку демократії та демократизації в Україні й за кордоном. Досліджуються витoki і генезис доктрини демократії, визначаються її сутність і зміст. Зроблено висновок, що демократія (із грец. *Δημοκρατία* – “влада народу”, “народне управління”) – це історично сформований тип політико-правового режиму, за якого єдиним джерелом легітимної влади у державі є народ, який здійснює її безпосередньо та (або) через представницькі інституції.

Наголошується, що наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст., поряд із безпосередньою (вибори, референдуми тощо) і представницькою демократією, набуває популярності демократія участі, або ж так звана партисипаторна (від англ. *participate* – “брати участь”) демократія. Остання є формою політико-правового режиму, що передбачає організацію всього суспільного та державного життя з залученням громадськості до розробки й прийняття владних та управлінських рішень.

Метою статті є виявлення походження, сутності та змісту демократії, встановлення шляхів і форм демократизації в ХХІ ст., а також феноменології “електоральної революції” 2019 р. у контексті розвитку нових напрямів демократизації в Україні.

Звертається увага на нагальну потребу визначитися з доктриною демократії, яка буде креативною основою для розвитку збалансованої системи народовладдя в Україні, з її наступним унормуванням у Конституції та законах України. При цьому слід врахувати поширені нині в світі конституційні теорії та доктрини демократії й демократизації. Здійснено стислий огляд і характеристику відповідних теорій (елітарна, або ж “реалістична”, теорія демократії Й. Шумпетера та М. Вебера; теорія легальної (“влади закону”), або ж ліберальної, демократії А. фон Гаєка, Л. Даймонда та інших; поліархічна теорія демократії Р. Даля; плюралістична, або конкурентна, модель демократії; теорія процедурної, або ж консоціальної, демократії А. Лейхарта та інших), а також зроблено висновок про близькість для України теорій і моделей ліберальної демократії.

Досліджено співвідношення категорій “демократія” та “демократизація”, які характеризують статичні та динамічні властивості народовладдя, перехід від

ідей, цінностей і принципів – до практики їх реалізації людиною, громадянським суспільством і державою. Обґрунтовується висновок, що демократизація – це система конституційних правовідносин, спрямованих на трансформацію країни від недемократичного (частково демократичного) до повністю демократичного політичного режиму й до повсюдного впровадження елементів народовладдя у суспільстві та державі, а також широкого залучення громадян та інститутів громадянського суспільства до управління державними справами і здійснення місцевого самоврядування.

Досліджено феномен “електоральної революції” як одного з трендів демократизації політико-правових режимів держав Східної Європи, який втілюється у процесі та в результатах виборів Президента України і народних депутатів України у 2019 р. Визначається поняття та сутнісні ознаки “електоральної революції” в Україні. Зокрема, під категорією “електоральна революція” (з лат. *“revolutio”* – “повернення”, “перетворення”) запропоновано розуміти новітній тип революції, заснованої на цінностях демократії, конституціоналізму та поваги до прав людини, що передбачає докорінну зміну внаслідок і за результатами проведення виборів старих політичних еліт на нові, а також формування нових цілей, завдань і пріоритетів розвитку держави у взаємодії з громадянським суспільством.

Ключові слова: демократія; безпосередня демократія; представницька демократія; партисипаторна демократія; демократизація; революція; “електоральна революція”.

Демократія є однією з найдавніших ідей щодо форм організації суспільно-політичного життя, яка вперше була втілена на практиці в публічному управлінні грецького міста-поліса Афіни (з 500 до 321 р. до н. е.) та стала предметом досліджень таких мислителів Античності, як Перикл, Фукидід, Платон, Аристотель та ін. Найбільш відомим сьогодні твором про античну демократію стала “Політика” Аристотеля (335–323 рр. до н. е.)¹, в якій мислитель визначив два основних критерії свободи і демократії: а) по черзі, на засадах рівності, бути підданим і правителем; б) жити так, як кожному хочеться, якщо це не порушує свободи інших людей².

Слід погодитися з О. Скрипнюком, що ідеї демократії привертати увагу мислителів набагато раніше від епохи Платона й Аристотеля. Так, за часів Геракліта Ефеського та Демокріта, перший з яких був критиком, а другий – прихильником демократії, дискурси про цю форму організації публічної влади мали значну популярність серед античних мислителів³. Водночас завершення епохи Античності під натиском варварських племен призвело до занепаду ідей античної демократії в Європі.

Повернення інтересу європейських мислителів до них, у новій інтерпретації, відбувається лише в епоху Реформації та Відродження, коли по-

¹ Аристотель, *Політика* (Жебелев С пер, Академ проект 2015) 320.

² В Федоренко, *Конституційне право України: підручник* (Ліра-К 2016) 277.

³ О Скрипнюк, *Демократія: Україна і світовий вимір (концепції, моделі та суспільна практика)* (Логос 2006) 25.

Владислав Федоренко

стають основи Західної цивілізації. На практиці ж ідеї демократії втілювалися уже за результатами революцій і війн за незалежність у XVII–XIX ст. в Європі та Америці в конституціях і відповідних практиках реалізації народовладдя. Це мало своїм наслідком утвердження так званої “Західної моделі демократії”, складовими якої стали виборча демократія, референдна демократія, парламентська демократія, поліархія та ін.

Цінності та принципи Афінської демократії виявилися настільки привабливими для сучасної Європи, що в преамбулі до Конституції Об'єднаної Європи (виголошена у 2003 р., але так і не ратифікована всіма державами – членами Європейського Союзу (далі – ЄС)), слова фукідидівського Перикла були інтерпретовані таким чином: ‘Наша Конституція утверджує демократію, оскільки влада належить не меншості, а всьому народові’⁴. У цій формулі, на нашу думку, лаконічно відтворено сутність і зміст категорії “демократія”, відродженої через два тисячоліття після 30-річного правління Перикла.

Нині серед учених поширені різні погляди на сутність і зміст категорії “демократія” в її конституційно-правовому вимірі. До прикладу, С. Ліпсет стверджує:

Демократія у розвиненому суспільстві може бути визначена як державний лад, що забезпечує конституційне право зміни керівників, а також як соціальний механізм, який дозволяє більшій частині населення впливати на прийняття найважливіших рішень шляхом вибору претендентів на політичну владу⁵.

Існує безліч інших визначень демократії. Завдання та обсяг цієї статті не передбачають їх ґрунтовний аналіз. Узагальнюючи найбільш поширені з них, можна стверджувати, що демократія (з грец. *Δημοκρατία* – “влада народу”, “народне управління”) – це історично сформований тип політико-правового режиму, за якого єдиним джерелом легітимної влади у державі є народ, який здійснює її безпосередньо та (або) через представницькі інституції.

Метою дослідження є виявлення походження, сутності та змісту демократії, встановлення шляхів і форм демократизації в XXI ст., а також феноменології “електоральної революції” 2019 р. у контексті розвитку нових напрямів демократизації в Україні.

Дискурс античних мислителів (Перикл, Фукідід, Платон, Аристотель та інші) щодо сутності й змісту демократії та її придатності для держави

www.pravoua.com.ua

⁴ Л Канфора, *Демократия. История одной идеологии* (Миролюбова А пер с итал, Александрия 2012) 16.

⁵ С Липсет, ‘Политический человек: социальные основы политической жизни’ в *Теория и практика демократии: избр. тексты* (пер с англ, Ладомир 2006) 46.

й суспільства у Стародавній Греції, по суті, започаткував основи Західної традиції права. Хоча, як влучно писав Дж. Берман: ‘<...> Захід – не Греція, не Рим і не Ізраїль, а народи Західної Європи, що звернулися за натхненням до грецьких, римських і давньоєврейських текстів, пристосували їх так, що це б глибоко здивувало й їхніх авторів’⁶.

Зокрема, ідеї демократії, закладені Аристотелем у його “Політиці”, були привнесені через коментарі до цього твору у працях мислителів раннього Середньовіччя. Найбільш відомою із них стала праця Т. Аквінського “Коментарі до Аристотелевої ‘Політики’” (1265 –1272 рр.), який ‘зробив Аристотеля зрозумілим для латинян’⁷, на протигагу коментарям до “Політики”, обґрунтованим раніше представником ісламської філософії Авероеса (Ібн-Рушда).

Коментарі Т. Аквінського привернули увагу до ідей і принципів демократії плеяди таких мислителів-фундаторів конституціоналізму, як Б. Спіноза, Дж. Лок, Дж. Міл, Ж.-Ж. Руссо, Ш.-Л. Монтеск’є, А. де Токвіль та ін. При цьому демократія у працях цих мислителів набуває обрисів бажаної форми державно-політичного режиму. Зокрема, А. де Токвіль у своїй праці “Демократія в Америці” писав: ‘<...> у демократичних народів громадськість має досить дивну могутність, про яку нації з аристократичною формою врядування не могли навіть помислити’⁸.

Після закріплення у перших республіканських конституціях і конституційних актах кінця XVIII – початку XIX ст. принципів демократії та механізмів їхньої реалізації проблеми теорії та практики народовладдя стають традиційним предметом наукових досліджень для філософів, правознавців тощо. Становлення конституціоналізму, поява перших конституцій і зародження науки конституційного права трансформувало відповідні філософсько-правові дискурси в ґрунтовні теорії демократії, що продовжують втілюватися у конституційній правотворчій і правозастосовній практиці.

Нині переважна більшість українських учених-конституціоналістів (Ю. Барабаш, О. Батанов, О. Бориславська, М. Козюбра, А. Крусян, О. Марцеляк, Н. Мішина, В. Нестерович, М. Оніщук, М. Орзіх, В. Погорілко, М. Савчин, В. Серьогін, О. Скрипнюк, І. Сліденко, Т. Слінько, О. Совгіря, М. Ставнійчук, В. Шаповал, Ю. Шемшученко, А. Янчук та інші) опублікували не одну цікаву працю, присвячену проблемам конституційних основ народовладдя, а саме виборам, референдумам тощо. Водночас проблеми демократії та демократизації не втрачають своєї актуальності на кожному з етапів розвитку національного держа-

⁶ Дж Берман, *Западна традиція права: епоха формування* (пер с англ, НОРМА-ИНФРА-М 1998) 21.

⁷ Т Аквінський, *Коментарі до Аристотелевої “Політики”* (Кислюк О пер з лат, Основа 2003) 11.

⁸ А де Токвіль, *Про демократію в Америці* (Філіпчук Г та Москаленко М пер з франц, Всесвіт 1999) 346.

Владислав Федоренко

вотворення. Зокрема, в 2019 р. демократизація політико-правових процесів в Україні ознаменувалася феноменом так званої “електоральної революції”, який вимагає свого дослідження.

Сутність сучасної демократії, а також тенденції її розвитку визначаються джерелами цього політико-правового феномену. У передмові до 3-го видання книги “Моделі демократії” Д. Хелд писав:

Історія ідеї демократії цікава; історія самої демократії турбує. По-перше, політичні лідери найрізноманітніших поглядів заявляють, що вони демократи. Політичні режими різних типів вважають себе демократичними. Водночас те, що ці режими говорять і роблять, часто – зовсім різні речі по всьому світу. Здається, демократія легітимізує сучасне політичне життя: правотворчість і правозастосування є обґрунтованими й адекватними, коли вони “демократичні”. Але так було не завжди. Із часів Стародавньої Греції і донині більшість політичних мислителів доволі критично ставляться до теорії та практики демократії. Загальна прихильність до демократії – зовсім нещодавній феномен.

По-друге, у той час, коли сьогодні багато держав можуть бути демократичними, історія їх політичних інститутів демонструє крихкість і вразливість демократичних принципів. Одна лише історія Європи ХХІ ст. свідчить, що створити і підтримувати демократію як форму правління надзвичайно складне завдання: фашизм, нацизм і сталінізм підійшли надзвичайно близько до її повного викорінення. Демократія розвивалась у гострій соціальній боротьбі й часто в цій боротьбі приносила жертву⁹.

Цю дещо розлогу цитату Д. Хелда слід вважати вдалим прологом до багаторічної історії демократії, на окремих віхах якої зупинимось нижче.

Різноманітні елементи і процедури демократії були притаманні багатьом народам світу як у давнину, так і в період Середньовіччя. Так, ще в другій половині VI ст. Прокопій Кесарійський писав про традиції врядування народів, які жили у давнину на території сучасної України: “Народами Склавинами і Антами не править один муж, але з давніх часів живуть так, що порядкує громада, і для того всі справи, чи щасливі чи лихі, йдуть до громади”¹⁰.

За часів Київської Русі¹¹ та Литовсько-Руської держави набула свого розвитку та поширення так звана “вічова демократія” – народні зібран-

www.pravoua.com.ua

⁹ Д. Хелд, *Моделі демократії* (Рудаков М пер с англ, Дело 2014) 15.

¹⁰ В Січинський, *Чужинці про Україну. Вибір з описів подорожів по Україні та інших писань чужинців про Україну за десять століть* (Видання Петра Павловича 1946) 15.

¹¹ Щодо терміна “Київська Русь” існує точка зору, що прикметник “Київська” був штучно приєднаний до іменника “Русь” ідеологами та істориками колишнього СРСР для того, щоб створити оманливе уявлення про споконвічне існування багатьох “Русів” – “Мала Русь”, “Біла Русь”, “Велика Русь” тощо та виголосити м. Київ “колицкою братніх народів” – росіян, українців і білорусів. Загальновідомим став і феномен рефреймінгу термінів “Русь” – “Росія”. (Див.: С Плохій, *Походження слов’янських*

ня, до предметної компетенції яких належали питання правотворчості, довіри до князівської політики, війни і миру тощо¹². Зокрема, М. Володимирський-Буданов так визначав сутність “вічевої демократії”:

Віче складається, головним чином, із простих громадян і відокремившись від ради старійшин, є демократичною формою влади, тобто головна роль при вирішенні справ належить простому народові. Але зазвичай з вічем зливається й боярська дума; бояри беруть участь у віче нарівні з іншими громадянами <...>¹³.

При цьому князі вважали рішення віче зобов’язальними. Зокрема, Н. Полонська-Василенко наводить приклад, коли Ізяслав Давидович пояснював Юрію Довгоруку, що ‘не сам їхав у Київ, а кияни посадили його’¹⁴. Тобто віче були традиційною формою демократії слов’янських народів, що поєднувало в собі волю громади й окремі елементи народодовладдя, які пізніше оформилися в самостійні види безпосередньої та представницької демократії.

Пізніше, у XV ст. у швейцарських кантонах, зокрема Берн, Цуге, Гларусе, отримала свій розвиток референдна демократія, яка стала самостійним видом громадівського самоврядування¹⁵. Історично у різних народів Європи та світу існували й інші типи демократії. Як правило, йдеться про локальну демократію – з’їзди, сходи, зібрання, обговорення, сейми тощо. Демократія ж, у її сучасному значенні, набула своїх сучасних обрисів і властивостей лише зі становленням буржуазно-демократичних суспільств і відродженням та інтерпретаціями ідей античних мислителів у працях фундаторів доктрини класичного конституціоналізму, а надалі й їх легітимацією в конституціях.

Демократія як ідея та практика народодовладдя сформувалася крізь призму досліджень мислителів епохи Відродження та Реформації (Н. Макіавеллі, Дж. Лок, Т. Гобс, Ж.-Ж. Руссо, Ш.-Л. Монтеск’є, А. де Токвіль, Дж. Міль та інші), стала визначальною цінністю Західної цивілізації. Зокрема, політико-правова думка Дж. Лока мала глобальні наслідки для

націй. *Домодерні ідентичності в Україні, Росії та Білорусі* (Критика 2017) 456 та ін.). У літописах часів Середньовіччя термін “Київська Русь” маловідомий. Поширеними є терміни “Русь”, “руси”, “Київські князі”, “Велике Князівство Київське”, про що згадує й М. Володимирський-Буданов: ‘<...> ім’я Русь поширювалося на племена словянські в IX і X ст. поступово, по мірі підкорення їх варяжськими князями’ (М Володимирський-Буданов, *Обзор истории русского права* (Изд Книжн маг Н Я Оглоблина 1915) 277).

¹² А Янчук, *Безпосереднє здійснення влади народом в Україні (конституційно-правовий аналіз)* (Друкарня Рута 2014) 13.

¹³ Володимирський-Буданов (н 11) 55.

¹⁴ Н Полонська-Василенко, *Історія України, т I (до пол. XVII ст.)* (Українське вид-во 1972) 217.

¹⁵ В Погорілко та В Федоренко, *Референдне право України: навчальний посібник* (Ліра-К 2006) 46; М Оніщук, *Референдна демократія: проблеми конституційної теорії та практики* (Вид-во Європейського ун-ту 2009) 175-6.

Владислав Федоренко

розвитку теорії народного суверенітету та демократії. Коментуючи здобутки Дж. Лока, британський дослідник Д. Грін пише:

До двох великих положень Гобса – про походження будь-якої влади від народу і про служіння її для народного блага, – Лок додав право на спротив, відповідальність суверенів-державців перед підданими за правильне використання ввіреної ним влади і верховенство законодавчих зборів як представників самого народу¹⁶.

Пізніше Ж.-Ж. Руссо у своїй загальновідомій доктрині “суспільного договору” спочатку урівняв суверенітет народу з суверенітетом монарха, беручи до уваги принцип рівності договірних сторін, а надалі й обґрунтував первинність народного суверенітету в системі публічної влади. При цьому найважливішими видами безпосередньої реалізації народного суверенітету Ж.-Ж. Руссо вбачав референдуми. Хоча філософ також усвідомлював, що референдуми, як і інші форми безпосереднього народовладдя, більш ефективні для невеликих за територією та населенням країн і не можуть бути виключною формою законотворчості в державі.

По-перше, для цього потрібна держава настільки мала, щоб у ній без значних зусиль можна було б зібрати весь народ, і де кожен громадянин легко б знав усіх інших; по-друге – велика простота темпераменту, що унеможливило б скупчення справ і виникнення складних для вирішення суперечок, потім надвелика рівність у соціальному та майновому стані, без чого не можна було б надовго зберегти рівність у правах і здійсненні влади <...>¹⁷.

Таким чином, апелюючи до швейцарської референдної демократії, Ж.-Ж. Руссо зробив висновок, що ця форма народовладдя не є універсальним інструментом для вирішення всіх питань, і у всіх державах. У цьому контексті можна згадати М. Тетчер, яка свого часу висловила про референдуми, як про “зброю диктаторів і демагогів”¹⁸, а пізніше *Brexit* і його наслідки наглядно підтвердили справедливість її судження.

Із кінця XVIII – початку XIX ст. демократія, за влучним висловом Н. Кельзена, стала ‘<...> гаслом, що повсюдно заволоділо чи не всіма роздумами’¹⁹, й отримала свій розвиток у конституціях і відповідних правозастосовних практиках держав Європи й Америки. Цьому сприяла хвиля буржуазно-демократичних революцій в Англії, Нідерландах, Франції та війни за незалежність у США й інших державах Америки. У теорії

¹⁶ Д Грін, *История Англии и английского народа* (пер с англ, Кучково поле 2014) 636.

¹⁷ Ж-Ж Руссо, *Трактаты* (перевод с франц, Алексеев-Попов В и др сост, Наука 1969) 200.

¹⁸ И Крастев, *После Европы* (Никитина А пер с англ, Дело 2018) 118.

¹⁹ Г Кельзен, *Про сутність і цінність демократії* (Мокровольський О пер з нім, ВНТЛ-Класика 2013) 27.

С. Хантінгтона про “хвилі демократизації”, ці події стали предтечею “першої (довгої) хвилі демократизації” в світі²⁰.

Водночас революції не завжди ставали джерелами усталеної демократії. Як пише Дж. Голдстоун у своїй книзі “Революція. Дуже короткий вступ” (2013 р.):

<...> від більшості революцій не можна очікувати швидких результатів у вигляді стабільних демократій. Революції породжують нові труднощі та нову боротьбу за владу. Більшість революцій, включно навіть з Американською революцією 1776 р., приймали по ходу свого розвитку декілька конституцій, здійснювали дискримінацію меншин, приводили до влади слабкі уряди або скочувалися назад, до авторитаризму, перед тим, як по-стали на шлях, який вів до міцної демократії²¹.

До того ж із середини ХІХ ст. із розвитком парламентаризму представницька демократія як сукупність визначених методів, форм і засобів організації та здійснення виборної і змінюваної публічної влади набула в більшості демократичних держав, по суті, домінуючої ролі. Безпосередня ж демократія була фактично зведена до визнання засад виборчого права, передусім його загальності та рівності²².

З часів свого закріплення у Конституції США 1787 р. та Конституції Франції 1791 р. і дотепер, демократія трансформувалася з ідеї та сукупності практик здійснення народовладдя у відповідні політико-правові режими. Сучасні вчені – філософи, політологи, соціологи, правознавці схильні розглядати демократію також як динамічний політико-правовий процес розвитку громадянського суспільства та держави, який отримав назву “демократизація”.

На нашу думку, категорії “демократія” та “демократизація” характеризують статичні та динамічні властивості народовладдя, перехід від ідей, цінностей і принципів – до практики їх реалізації людиною, громадянським суспільством і державою в інтересах розвитку, утвердження і захисту прав громадян брати участь в управлінні державними справами, обирати і бути обраними, вирішувати на референдумах найважливіші питання загальнодержавного та місцевого значення, практикувати різні форми демократії участі тощо.

Таким чином, демократизація – це система конституційних правовідносин, спрямованих на трансформацію країни від недемократичного (частково демократичного) до повністю демократичного політичного

²⁰ Див.: С Хантінгтон, Столкновение цивилизаций (Велимеев Т пер с англ, АСТ 2014) 571.

²¹ Дж А Голдстоун, Революция. Очень краткое введение (Яковлев А пер с англ, Из-во Института Гайдара 2015) 183.

²² В Шаповал, Сучасний конституціоналізм (Юрінком Інтер 2005) 309.

режиму і до повсюдного впровадження елементів народовладдя в суспільстві та державі, а також широкого залучення громадян та інститутів громадянського суспільства до управління державними справами і здійснення місцевого самоврядування²³.

Очевидно, що генезис теорії та практики демократії і демократизації має складний, а в окремі часи та в окремих регіонах світу – драматичний характер. Підтвердженням цьому є перебіг Нової історії у період між Першою та Другою світовими війнами, й епоха “холодної війни”, коли колишній СРСР і країни так званого “соціалістичного табору” (Болгарія, Німецька Демократична Республіка, Польща, Румунія, Соціалістична Федеративна Республіка Югославія, Угорщина, Чехословаччина та інші) стали полігоном для формування специфічної моделі спочатку “пролетарської”, а надалі й “соціалістичної” демократії.

Ці моделі народовладдя засновувалися на протиставленні буржуазній демократії й мали класовий характер. До прикладу, ще на початку ХХ ст. радянські правознавці писали про “пролетарську демократію як диктатуру пролетаріату, спрямовану на досягнення найсуттєвішої, основної цілі – знищення класового поділу суспільства”²⁴. Утім, із часом цілі соціалістичної демократії стали менш радикальними і зводилися до конкуренції з так званою “буржуазною демократією”, яку асоціювали насамперед із парламентською демократією.

У 60–80-х роках ХХ ст. разом із відродженням цінностей громадянського суспільства та кризою парламентаризму почався пошук нових типів і форм демократії в Західній Європі, США, Канаді, Австралії та інших державах. Це сприяло утвердженню ліберальної за своєю сутністю теорії партисипаторної демократії, обґрунтованої у працях П. Бахраха, Е. Гутмані, К. Макферсона, Дж. Менсбріджа, К. Оффе, У. Прюс, О. Хьоффе, Д. Томсона, Дж. Ціммермана та ін.²⁵.

Демократія починає ототожнюватися не лише з виборами і референдумами, а й із широкою участю громадянського суспільства та його інститутів в усіх сферах суспільного та державного життя. Так, О. Хьоффе відзначає, що, починаючи з 1980 р., у країнах Західної демократії збільшується добровольча допомога, зростає кількість сусідських об’єднань і груп самодопомоги, розвиваються громадські рухи на підтримку хоспісів, ВІЛ-інфікованих і догляду за старими. Набувають актуальності громадські рухи на захист природи. Діяльність громадських організацій сприяє тому, що турбота про спільне майбутнє витісняє корисливість

²³ Федоренко (н 2) 279.

²⁴ В Адоратский, ‘Демократия’ в *Энциклопедия государства и права, т 1* (Стучка П ред, Изд-во Коммунистической академии 1925-1926) 807.

²⁵ Федоренко (н 2) 279.

та ринкову орієнтацію суспільних відносин. Сьогодні в Західній Європі близько 1/5 громадян беруть участь у роботі громадських організацій на добровільних засадах²⁶. Власне, дорадча демократія, демократія участі або ж партисипаторна демократія, що сформувала такий основоположний принцип сучасного врядування, як “*government of the people*”, стала важливим чинником успіху демократизації на межі останніх століть.

Таким чином, партисипаторна (від англ. *participate* – брати участь) демократія, або демократія участі, – це форма політичного режиму, що передбачає організацію всього суспільного та державного життя із залученням до розробки й прийняття владних та управлінських рішень громадськості²⁷.

Нині в світі поширені два основних підходи до розуміння партисипаторної демократії (демократії участі): а) розширений підхід, що передбачає ототожнення партисипаторної демократії з виборами, референдумами й іншими формами народовладдя, тобто з формами політичної активності громадян в управлінні державними справами загалом; б) звужений підхід, що визначає партисипаторну демократію, або ж демократію участі, як консультативні (дорадчі) форми участі громадян в управлінні державними справами, що не передбачають голосування та прийняття обов’язкових рішень (загальні збори, громадські консультації та обговорення тощо).

Конституція України, зокрема у статтях 38, 69, закріплює та розвиває в законах так звану “розширену” модель демократичної участі громадян в управлінні державними справами, яка реалізується через: вибори і референдуми; діяльність представницьких органів і посадових осіб органів державної влади; забезпечення реалізації рівного права громадян на доступ до публічної служби; партисипаторні форми демократії (громадські консультації та обговорення, діяльність громадських рад при органах публічної влади, партисипаторні бюджети тощо)²⁸. Однією з раціональних ініціатив, озвучених у новообраному парламенті, стала пропозиція щодо розширення конституційних форм безпосередньої демократії на загальнонаціональному рівні завдяки інституту законодавчої ініціативи, що успішно зарекомендував себе в таких країнах Європи, як Австрія, Іспанія, Латвія, Португалія, Словенія та Швейцарія.

Водночас закріплення у конституції виборів, референдумів і тих чи інших форм прямого народовладдя саме собою не гарантує використання їхнього потенціалу для демократизації суспільного та державного

²⁶ О Хеффе, *Есть ли будущее у демократии? О современной политике* (пер с нем, Дело 2015) 292-3.

²⁷ Федоренко (н 2) 280.

²⁸ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

Владислав Федоренко

життя. Зокрема, Б. Кауфман (Швейцарський фонд демократії) визначає висновки щодо успіхів швейцарського прямого народовладдя, які можна інтерпретувати таким чином:

1) *низькі бар'єри*, які упереджують звуження радіусу прямої демократії (1 % підписів виборців для ініціативи референдуму і 2 % – для законодавчої ініціативи);

2) *довгі терміни*, які дають змогу всебічно обговорити предмет референдуму (100 днів на збір підписів) та ініціативи (18 місяців на збір підписів) до голосування за них;

3) *вільні дії* при збиранні підписів за відсутності будь-якого контролю з боку органів управління;

4) *жодних кворумів* для результатів голосування, що унеможлиблює бойкотування голосування через абсентеїзм виборців;

5) *якомога менше обмежень за предметом голосування*. Винятком може бути лише питання міжнародного права;

6) *лише зобов'язуючі рішення*, а не заслуховування багатоманітних думок громадян в ієрархічному процесі²⁹.

Очевидно, що ці висновки Б. Кауфмана будуть корисними для відродження потенціалу безпосередньої демократії та її інститутів в Україні в 2019 р. і в наступних роках. Одночасно з цим слід наголосити й на потребі визначитися з доктриною народовладдя, яка буде креативною основою для розвитку збалансованої системи конституційної демократії в Україні.

Пік поширення різноманітних типів, доктрин, моделей і практик демократії припав на кінець ХХ ст. Він був пов'язаний з “оксамитовими революціями” та падінням комуністичних режимів у колишньому СРСР та інших державах так званого “соціалістичного табору”. Д. Хелд писав щодо цих подій:

Зміна політичного режиму, що охопила Центральну та Східну Європу в 1989–1990 роках – Польщу, Угорщину, Східну Німеччину, Болгарію, Чехословаччину, Румунію, – були грандіозною подією з будь-якої точки зору. Неймовірна радість прокотилася по Європі та поза її межами. <...> Докорінне розмежування між демократичним і державним соціалістичним світом, що виникло після Другої світової війни, почало зникати³⁰.

Зазначені події, здавалося б, стали остаточною перемогою ідей та ідеалів ліберальної демократії в світі. Здавалося, що світ врешті досяг стану “вічного миру”, про який писав І. Кант. Відомий філософ і футуролог

²⁹ Б. Кауфман та Швейцарський фонд демократії, *Сучасна пряма демократія*, вид 1 (Федеральний департамент закордонних справ Швейцарії 2018) 23.

³⁰ Хелд (н 9) 359-60.

Ф. Фукуяма у своїй знаковій праці “Кінець історії та остання людина” стверджував, що після смерті комунізму саме лібералізм залишився єдиною істинною політико-правовою філософією сучасності, що сприяла демократизації суспільства. “Немає демократії без демократів, тобто без особливої Демократичної людини, що прагне демократії й формує її, і сама також формується нею”³¹.

Розвиток “Демократичної людини” Ф. Фукуяма у цей час мав і своє вагоме підтвердження. Так, за даними проєкту “*Polity IV*”, кількість так званих “повних демократій” у світі зростає з 44 – у 1985 р. до 93 – у 2005 р.³². Тобто вперше за світову історію кількість демократій збільшилася удвічі, а автократій навпаки – двократно зменшилася.

Наприкінці ХХ – на початку ХХІ ст. демократія поширилася й отримала своє визнання та закріплення у конституціях фактично в усіх регіонах світу. Процеси глобалізації сприяли демократизації багатьох держав світу та критично звузили простір для розвитку автократичних режимів. До того ж конституційна теорія та практика збагатилися новими доктринами і типами народовладдя.

Так, за останні 50 років у світі утвердилося багато інших концепцій, теорій, доктрин і моделей демократії. Серед них можна виокремити:

- елітарна, або ж “реалістична”, теорія демократії Й. Шумпетера та М. Вебера, за якої демократія розуміється як політичний метод, інституційна процедура прийняття політичних рішень у державі;

- теорія легальної (“влади закону”), або ж ліберальної, демократії А. фон Гайека, Л. Даймонда та інших, яка передбачає, що демократія – це “єдиний відкритий людиною метод здійснення мирних перетворень”³³; правління більшості, що обмежується правом і захистом інтересів меншості. При цьому держава повинна гарантувати політичний і громадянський плюралізм та мінімально втручатися в життя громадян і громадянського суспільства;

- поліархічна теорія демократії Р. Даля, яка передбачає наявність таких передумов, як опозиція та політична участь (право громадян обиратися до представницьких органів державної влади)³⁴;

- теорія демократії Ліпсета-Лернера, зміст якої ставить розвиток демократії у залежність від низки соціально-економічних чинників (урбанізації, індустріалізації, освіти, комунікації, зокрема розвитку засобів масової інформації);

³¹ Ф. Фукуяма, *Конец истории и последний человек* (Левин М пер с англ, АСТ 2015) 204-5.

³² К. Харпфер і др (сост и науч ред), *Демократизация: учебное пособие* (пер с англ, Изд дом Высшей школы экономики 2015) 32.

³³ Ф. А. фон Хайек, *Конституция свободы* (пер с англ, Новое издательство 2018) 140.

³⁴ Р. Даль, *Полиархия: участие и оппозиция* (Деникина С и Баранов В пер с англ, Изд дом Высшей школы экономики 2010) 288.

Владислав Федоренко

– плюралістична, або конкурентна, модель демократії, яка ґрунтується на визнанні незбігів інтересів різних суспільних груп і передбачає конкуренцію та узгодження цих інтересів у процесі здійснення народовладдя;

– теорія процедурної, або ж консоціальної, демократії, (*Consociational Democracy*), яка за А. Лейхартом здійснюється через “картель еліт”, і передбачає застосування демократичних процедур та інструментів, які дають змогу враховувати інтереси різних соціальних груп, включаючи і ті з них, що становлять меншість³⁵;

– економічна теорія демократії Е. Даунса, сформована у праці “Економічна теорія демократії”, в якій акцентована увага на діяльності уряду (або партії, що перемогла й сформувала уряд), у зв’язку з електоральною поведінкою та суспільною думкою;

– теорія неліберальної демократії, яка характеризується домінуванням представницької демократії над безпосередньою та парсіпативною. На практиці ця теорія отримала поширення у пострадянських республіках, за винятком держав Балтії, та в країнах Латинської Америки. Хоча один із ідеологів неліберальної демократії Ф. Закарія пише, що найкращим прикладом неліберальної демократії є легіслатури штатів у США³⁶;

– теорія легіслативної (законодавчої) демократії О. Хьоффе, що полягає в безперервності законодавчого процесу, який відбувається у трьох напрямках: а) постійного примноження функцій демократії та права; б) безкінечної оптимізації системи законодавства; в) регулярного оновлення змісту норм права;

– теорія меритократичної демократії, або ж “тиранії меншості”, яка, на думку Д. Белла, найбільш повно реалізована в Гонконзі та Сінгапурі³⁷;

– концепція поглибленої демократії (*deep democracy*), або ж “інклюзивної демократії” – А. Толедо, зміст якої передбачає широке залучення всіх громадян до політичних процесів та участі в управлінні державними справами³⁸;

– концепція псевдодемократичних режимів, визначена Л. Даймондом, Дж. Лінцом, С. Ліпсетом та іншими вченими, застерігає ототожнювати конституційні режими окремих держав, які формально мають демократичні інститути (вибори, багатопартійність тощо), але підпорядковані

³⁵ А Лейпхарт, ‘Консоциальная демократия’ в *Теория и практика демократии: избранные тексты* (пер с англ, Ладомир 2006) 120.

³⁶ Ф Закарія, *Будущее свободы: нелиберальная демократия в США и за их пределами* (Иноземцев В пер с англ, Ладомир 2004) 179.

³⁷ Див.: Д Белл, *Китайская модель. Политическая меритократия та межі демократії* (Дем’янчук О пер з англ, Наш формат 2017) 312.

³⁸ А Толедо, *Социально сплоченное общество. Глобальные перспективы Латинской Америки* (Гуськов А пер с англ, Изд дом высш школ эконоом 2019) 360.

авторитарним лідерам, з ліберальною демократією³⁹, а також інші теорії, доктрини і моделі демократії.

Водночас подальший розвиток демократії в ХХІ ст. довів, що остаточна перемога лібералізму в світі є бажаним, але нині нездійсненим ідеалом. Як писав С. Хантінгтон: ‘Момент ейфорії по закінченню “холодної війни” породив ілюзію гармонії, і швидко з’ясувалося, що це була саме ілюзія’⁴⁰. Процеси демократизації в світі виявилися магістральними і динамічними, але не всеохоплюючими. Світ, як і раніше, демонструє різноманітні підходи до сприйняття та реалізації ідей, цінностей і принципів демократії.

Так, автори підручника “Демократизація” з Оксфордського університету розмежують усі країни світу на три категорії: а) країни усталеної демократизації (Індія, Кіпр, Польща, Сербія, Україна та інші); б) держави нестабільної демократизації (Албанія, Боснія, Грузія, Туреччина та інші); в) держави безуспішної демократизації (Бангладеш, Джибуті, Киргизія, Нігерія, Таджикистан та інші). Застосування класифікацій міжнародною правозахисною неурядовою організацією “Freedom House” та інтикорупційною організацією “Transparency International” дає змогу розмежувати всі сучасні держави на: а) підзвітні демократії (31 %); б) плебісцитарні автократії (30 %); в) конституційні олігархії (7 %); г) непідзвітні автократії (32 %) ⁴¹.

Слід відзначити, що рівень розвитку демократії та демократизму конституційних і політико-правових процесів у державі є предметом не лише суб’єктивної оцінки громадян, державних діячів, політиків, науковців і експертів, а й комплексного моніторингу на підставі визначених параметрів.

Серед учених та експертів існує багато критеріїв й індикаторів віднесення країн до демократичних. Як вже зазначалося, свого часу Р. Даль визначав два аспекти демократичного правління: а) участь громадян у політичних процесах; б) конкуренція між політичними групами за заміщення політичних посад. Індикаторами дієвості цих аспектів, на його думку, були такі індикатори, як:

- виборні політичні посади у державі;
- вільні та чесні вибори;
- інклюзивне виборче право;
- гарантоване право обиратися на державні посади;
- свобода вираження думок;

³⁹ Л. Даймонд, ‘Определение и развитие демократии’ в *Теория и практика демократии: избранные тексты* (пер с англ, Ладомир 2006) 31.

⁴⁰ Хантінгтон (н 20) 29.

⁴¹ Федоренко (н 2) 282.

Владислав Федоренко

- альтернативні джерела інформації;
- автономія асоціацій (свобода створення громадських організацій)⁴².

Наведені аспекти й індекси, обґрунтовані Р. Далем для оцінки розвитку демократії, стали предметом для критичного переосмислення та вдосконалення іншими вченими. Так, М. Маршал і К. Джаггерс обґрунтували індекс *Polity IV*, який включав три інституційних аспекти – “патерни влади” (*authority patterns*):

- спосіб (процес) відбору осіб для заміщення посад у державі – рекрутування у виконавчі органи;
- ступінь можливого впливу основної маси населення на політичні еліти на регулярній основі – політична конкуренція та опозиція;
- характер відносин між виконавчою владою та іншими елементами політичної системи – ступінь незалежності урядів⁴³.

Критерії та індикатори оцінки демократії у різних інтерпретаціях сьогодні застосовуються не лише вченими, а й поважними міжнародними організаціями, які здійснюють моніторинг розвитку демократії в світі. Так, “*Freedom House*” використовує найбільш комплексний індекс градаційної оцінки розвитку демократії в світі, оцінюючи такі аспекти, як:

- а) стан розвитку політичних прав і свобод (електоральний процес, політичний плюралізм, демократія участі);
- б) стан розвитку громадянських свобод (свобода переконань і вираження думок, права організацій і їх асоціацій, верховенство права, особиста автономія та індивідуальні права).

Зі свого боку “*Freedom House*” користується такими індикаторами для градації держав за рівнем їх демократизації, як:

- демократичний характер формування урядових органів;
- вибори до парламенту;
- чесність і прозорість виборів;
- плюралізм партійної системи;
- наявність сильної опозиції;
- свобода від домінування військових сил, іноземного втручання, тоталітарних партій, релігійних ієрархій та економічних олігархій;
- гарантованість політичних прав для соціальних меншин;
- непоширення корупції;
- відкритість і прозорість державної влади;
- наявність альтернативних джерел інформації;
- свобода совісті та релігійних переконань;
- академічні свободи і свобода системи освіти;

⁴² Див.: Р Даль, *Демократия и ее критики* (пер с англ, РОССПЭН 2003) 576.

⁴³ Харпфер (н 32) 78.

- свобода зібрань;
- свобода асоціацій;
- свобода створення профспілок і наявність їх діалогу з роботодавцями;
- незалежність судової системи;
- верховенство права;
- захищеність громадян від політичного терору;
- захищеність населення від війн і заколотів;
- рівність громадян і відсутність їх дискримінації;
- свобода вибору місця проживання, роботи чи освіти та вільне переміщення;
- захищеність приватної власності;
- гарантованість особистих соціальних свобод (гендерна рівність, свобода шлюбу і вибору партнерів);
- рівність можливостей людини і відсутність її економічної експлуатації та ін.⁴⁴.

За більшістю з наведених критеріїв Україна може бути віднесена до демократичних держав світу. Так, за висновками “Freedom House” в Україні в 1993–2006 рр. унаслідок еволюціонування конституційної системи і Помаранчевої революції 2004 р. було встановлено режим електоральної демократії⁴⁵. Політична та соціально-економічна криза 2006–2010 рр., невдала спроба створення в Україні пострадянської автократії в 2010–2013 рр. знизили індекс демократизації України. Після Революції Гідності 2014 р. та проведення чесних і прозорих президентських (2014 р.), парламентських і місцевих виборів (2015 р.), а також “електоральної революції” 2019 р. позиції розвитку демократії в Україні, на нашу думку, посилилися.

Американські вчені також зазначають, що “центральною драмою сучасної світової політики” є “повернення демократизації назворот” і визначають основні причини руйнування демократії в сучасному світі:

- низький розвиток економіки і феномен “вуглецевих демократій”;
- історичні та геополітичні чинники;
- радикалізований іслам;
- населення, схильне до популізму та перманентних радикальних виступів;
- безконтрольне посилення президентської влади й армії тощо⁴⁶.

Загрозою та споконвічним ворогом для демократії та демократизації в світі є популізм, який породжує недовіру громадян до класичних форм демократії – виборів, референдумів, парламентаризму, демократії

⁴⁴ Харпфер (н 32) 85-8.

⁴⁵ Там само 532.

⁴⁶ Там само 56-7, 426-30, 448.

Владислав Федоренко

участі тощо, власне, до самої демократії та демократизації. Все частіше з'являються ґрунтовні наукові праці про долю демократії в період неолібералізму⁴⁷. Майбутнє Західної демократії все більше турбує мислителів сучасності.

Популізм, на думку Н. Урбинаті, є “спотвореною демократією”. Вчена пише:

<...> популізм перетворився з руху в форму управління державною владою, йому потрібна органічно поляризуюча ідеологія і лідер, який бажає перетворити народне незадоволення та протести у стратегію мобілізації мас заради завоювання демократичного уряду⁴⁸.

Саме популізм, одночасно з авторитаризмом, був і залишається сьогодні найбільш небезпечним ворогом Західної демократії. Зазначене, зокрема, підтверджує й досвід розвитку демократії в пострадянських і постсоціалістичних республіках у ХХІ ст.

Після розпаду колишнього СРСР низка пострадянських республік, за винятком держав Балтії, які ввійшли до складу ЄС, України, Молдови і Грузії, зберігають консервативні недемократичні або частково демократичні режими. Відому популярність у Білорусі, яку експерти називають “останньою консолідованою автократією в посткомуністичній Європі”⁴⁹, та країнах Кавказу й Центральної Азії здобувають політичні режими, засновані на особистому авторитеті та клептократичних інтересах їхніх лідерів. Подібно Єгипту часів одіозного президента Х. Мубарека, президенти згаданих автократій активно застосовують для легітимації своєї влади референдуми і вилучають із конституцій останні запобіжники демократії – обмеження термінів безперервного перебування на посту глави держави.

Так, для прикладу, 22 травня 2016 р. у Таджикистані відбувся конституційний референдум, на якому понад 90 % виборців проголосували за довічне правління теперішнього Президента Таджикистану Е. Рахмона. До цього на двох референдумах 1999 і 2003 рр. Е. Рахмон уже подовжував терміни своїх президентських повноважень. Нині, отримавши у 2015 р. титул “Засновник миру і національної єдності – Лідер нації” Е. Рахмон залишається главою цієї Центральноазіатської республіки.

⁴⁷ Крастев (н 18) 144; М Наїм, *Занепад влади: Від владних кабінетів до полів битви й церков, а потім і до держави, або чому сьогодні бути при владі означає зовсім інше, ніж колись* (Дем'янчук О пер з англ, Форс Україна 2017) 448; Д Данн, *Не очаровуватися демократією* (Кушнарева И пер с англ, Изд-во Института Гайдара 2016) 160; Хеффе (н 26) 328 і ін.

⁴⁸ Н Урбинаті, *Искаженная демократия. Мнение, истина и народ* (Кралечкин Д пер с англ, Изд-во Института Гайдара 2016) 251.

⁴⁹ Харпфер (н 32) 533.

Однак помилково вважати, що для конституцій автократичних держав не властиві згадки про демократію, а їхня державна ідеологія позбавлена цінностей народовладдя. Не рідко у таких державах, як Азербайджан, Білорусь, Казахстан, Росія, Таджикистан, Туркменістан, Узбекистан та інші обґрунтовуються спеціальні форми здійснення народовладдя, які пояснюються національними традиціями.

Прикладом може бути модель так званої “суверенної демократії” (*sovereign democracy*), сформована В. Сурковим у 2005 р. Нині ця модель втілюється у сучасній державній політиці Росії. На думку В. Суркова, який відіграє негативну роль в ескаляції конфлікту на сході України і в Криму в 2014–2019 рр., суверенну демократію допустимо визначати, як

спосіб політичного життя суспільства, за якого влада, чи її органи і їхня діяльність обираються, формуються і спрямовуються винятково російською нацією у всілякій її багатоманітності й цілісності задля досягнення матеріального благополуччя, свободи і справедливості всіма громадянами, соціальними групами і народами, що її утворюють⁵⁰.

При цьому В. Сурков наголошував на необхідності “справедливого устрою світу” та на альтернативності “суверенної демократії” в Росії, де-суверенізації ЄС. А в публікації “Самотність напівкровки” (2018 р.) він визначив наративом розвитку Росії “третій шлях”, “третій тип цивілізації”, відмінний від Сходу та Заходу.

На практиці ж реалізація Росією доктрини “суверенної демократії” звелася до використання псевдореферендумів і квазіпетицій, для “захисту російських громадян” як приводу для військової агресії, анексії територій і створення самопроголошених проросійських анклавів у Грузії, Молдові, Україні. Ця доктрина стала однією з низки інших оригінальних “доктрин народовладдя” – “чучхе” Кім Ір Сена, “баасизму” С. Хуссейна, “арабської народної джамахерії” М. Каддафі та ін. Усі вони використовувалися недемократичними режимами для створення ілюзії своєї легітимності та утвердження авторитарних мілітаризованих режимів⁵¹.

Натомість в Україні з 1991 по 2019 рр. утвердилася проєвропейська модель демократії, заснована на цінностях західної ліберальної та неоліберальної демократії, за якої здобула визнання та поширення комбінована система форм народовладдя, представлена безпосередньою, представницькою та партисипаторною демократією. Незважаючи на те, що в незалежній Україні було проведено лише два всеукраїнських референ-

⁵⁰ В Сурков, ‘Национализация будущего (параграфы про суверенную демократию)’ в *Суверенная демократия. От идеи – к доктрине* (Европа 2006) 28.

⁵¹ Федоренко (н 2) 283.

Владислав Федоренко

думи (1991, 2000 рр.) та близько 200 місцевих референдумів⁵², широкого розвитку отримала виборча демократія. Загальнонаціональні та місцеві вибори проводилися регулярно і не підмінювалися референдумами.

На виборах було обрано шістьох Президентів України, народних депутатів дев'яти скликань Верховної Ради України, а також шість разів проведено чергові місцеві вибори. При цьому '<...> в Україні проводилися перші, чергові, позачергові, додаткові, повторні та навіть вибори, які були визнані такими, що не відбулися'⁵³. Усі ці вибори моніторилися міжнародними організаціями і спостерігачами. У ХХІ ст. Україна загалом отримала визнання міжнародної спільноти як держава, якій властиві процеси демократизації суспільного життя.

Специфіка української моделі демократизації також посилена протестними формами демократії. Так, за 28 років незалежності Україна пережила декілька революцій, найбільш відомими з яких, вслід за Революцією на граніті 1990 р., стали Помаранчева революція 2004 р. та Революція Гідності 2014 р. Основним наративом цих революцій стала відкрита боротьба проти спроб узурпації влади та порушення конституційних прав і свобод людини.

Ще одним важливим і непрогнозованим феноменом демократизації в Україні стала так звана "електоральна революція" 2019 р. Ця далеко не нова категорія, яка традиційно пов'язувалася з політикою США щодо підтримки змін політичних еліт і демократизації урядів Східної Європи "знизу-вгору" через проведення виборів⁵⁴, отримала нове звучання у вітчизняному експертному середовищі за результатами проведення чергових виборів Президента України і позачергових виборів народних депутатів України в 2019 р.⁵⁵. Адже історичну перемогу чинного Президента України В. Зеленського і політичної партії "Слуга народу" політики, науковці й експерти пов'язують переважно з внутрішніми об'єктивними чинниками (прагнення громадян до радикальніших змін життя на краще, розчарування в реформах попередньої влади, недовіра старим політичним елітам і бажання їх зміни, пошук нових цілей і сенсів у розбудові політичного ландшафту держави тощо), а не із зовнішньою

⁵² Місцеві референдуми в Україні: теоретичні та нормопроектні аспекти: матеріали круглого столу (Федоренко В та ін автор кол, СПД Москаленко О М 2009) 60.

⁵³ В Нестерович, 'Конституційно-правова характеристика хронології проведення виборів у сучасній Україні' [2019] 1(3) Експерт: парадигми юридичних наук і державного управління 121-143.

⁵⁴ В Моцок, "Електоральна революція" в американській політиці сприяння демократії для Східної Європи' (2013) 25-26 Історико-політичні проблеми сучасного світу 97-102.

⁵⁵ С Жадан, 'В Україні відбулася електоральна революція, але наслідки її невідомі' (Укрінформ, 05.08.2019) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/2754588-v-ukraini-vidbulasa-elektoralna-revolucia-ale-naslidki-i-nevidomi-zadan.html>> (дата звернення: 03.10.2019); М Омелянюк, 'Електоральна революція' (site.ua) <<https://site.ua/mark.omelianiuk/21440>> (дата звернення: 03.10.2019).

політикою США, Росії, держав – учасниць ЄС чи інших суб’єктів міжнародного права щодо України.

Висновки. Отже, “електоральна революція” (з лат. *“revolutio”* – “повернення”, “перетворення”) – це новітній тип революції, заснованої на цінностях демократії, конституціоналізму та поваги до прав людини, що передбачає докорінну зміну внаслідок і за результатами проведення виборів старих політичних еліт на нові, а також формування нових цілей, завдань і пріоритетів розвитку держави у взаємодії з громадянським суспільством. На відміну від традиційних революцій, “електоральні революції”, як правило, не призводять до радикальних змін у зовнішній політиці держави.

“Електоральні революції” неодноразово відбувалися у державах Східної Європи, включно з державами – членами ЄС, і призводили до радикальної зміни політико-правового ландшафту в цих країнах. Яскравим і близьким для України прикладом є прихід до влади у Польщі політичної партії “Право і справедливість”, представники якої сьогодні здійснюють керівництво державою.

Особливістю “електоральної революції” 2019 р. та її відмінність від інших революцій в Україні та світі⁵⁶, на нашу думку, є:

1) чіткі, зрозумілі та очікувані виборцем політичні цілі, відмінні від традиційних складних політичних програм, а саме: зміна старих неефективних еліт і заміна їх молодими технократами, дієва боротьба з корупцією, реальні кроки до завершення війни, а також якісне медійне забезпечення висвітлення цих проблем. Власне, лідерам “Слуги народу” вдалося вдало сформувати три компонента політичної ідеології, серед яких М. Рейснер століття тому називав ‘соціологію, вчення про політичний ідеал і політику, як мистецтва’, а також вдало поставити перед виборцем основне політичне питання: ‘<...> кому по справедливості має належати влада?’⁵⁷;

2) зміна організаційної форми діяльності партії “Слуга народу” та ставка на “зворотній зв’язок” із виборцями, насамперед через соціальні мережі⁵⁸: замість традиційної кадрової партії запроваджено масовий політичний рух із широким задіянням “соціальних ліфтів” для формування політичної та управлінської команд. Цей феномен рекрутингу М. Наїм визначив “від лідерів – до аматорів”⁵⁹;

⁵⁶ Див.: В Федоренко, ‘Конституціоналізм і революції’ (2018) 4 Право України 64-92.

⁵⁷ М Рейснер, *Государство. Часть I. Идеология и метод* (Изд-е Социалист Академ Обществ наук 1918) 170.

⁵⁸ Соціальні мережі сьогодні дають змогу охопити максимальну кількість виборців: серед 20 % найбільш розвинених держав світу приблизно 70 % мають мобільні телефони (Н Фергюсон, *Площі та вежі. Соціальні зв’язки від масонів до Фейсбуку* (Диса К пер з англ, Наш формат 2018) 442).

⁵⁹ Наїм (н 47) 174.

Владислав Федоренко

3) легітимність і мирний характер методів і форм її здійснення: проведення виборів глави держави, народних депутатів у 2019 р. було здійснено відповідно до Конституції та законів України. При цьому легітимність відповідних виборів не спростовує їх революційні для України наслідки. У цьому контексті згадаємо Х. Ортега-і-Гасета, який у своїй праці “Запад революцій” писав про сутність революції:

Не кожен процес насильства проти влади є революцією <...>. У справжніх революціях насильство – найменш суттєва прикмета. Можна навіть уявити, хоча це й мало ймовірно, революцію, що здійснюється насухо, без жодної краплі крові. Революція – це не барикада, а стан духу⁶⁰;

4) відсутність рельєфно виражених зовнішніх акторів (суб’єктів), які вплинули б на результати виборів і формування нових політичних і управлінських еліт, а також вибір основним партнером реформ громадянського суспільства;

5) формування в новообраній Верховній Раді України ІХ скликання монокоаліції та запровадження курсу на оновлення системи органів виконавчої влади, судів і правоохоронних органів із одночасною конструктивною ревізією вже проведених реформ (судової, антикорупційної, медичної, освітньої, з децентралізації тощо);

6) легітимізація цілей і пріоритетів діяльності партії “Слуга народу” при владі через внесення відповідних змін до Конституції України (позбавлення народних депутатів України депутатської недоторканності тощо) та реформування системи чинного законодавства;

7) продовження роботи щодо кадрового забезпечення органів державної влади із задіянням “соціальних ліфтів” для залучення добросовісних технократів та ін.

Щодо загроз подальшої демократизації та розгортання успіхів “електоральної революції” в Україні, то вони залишаються традиційними для всіх демократичних режимів ХХІ ст. Це дві протилежні, але не взаємовиключні тенденції – популізм *vs* авторитаризм. Дослідження цієї проблематики вбачається перспективним для правничої науки.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Fedorenko V, *Konstytutsiine pravo Ukrainy: pidruchnyk [Constitutional Law of Ukraine: Textbook]* (Lira-K 2016) (in Ukrainian).

⁶⁰ Х Ортега-і-Гасет, *Вибрані твори* (пер з ісп, Основи 1994) 371-2.

2. Kaufman B та Shveitsarskyi fond demokratii, *Suchasna priama demokratiia [Modern Direct Democracy]*, vyd 1 (Federalnyi departament zakordonnykh sprav Shveitsarii 2018) 23 (in Ukrainian).
3. Onishchuk M, *Referendna demokratiia: problemy konstytutsiinoi teorii ta praktyky [Referendum Democracy: Issues of Constitutional Theory and Practice]* (Vyd-vo Yevropeiskoho un-tu 2009) (in Ukrainian).
4. Plokhii S, *Pokhodzhennia slov'ianskykh natsii. Domoderni identychnosti v Ukraini, Rosii ta Biorusi [The Origin of Slavic Nations. Pre-Modern Identities in Ukraine, Russia and Belarus]* (Krytyka 2017) (in Ukrainian).
5. Pohorilko V та Fedorenko V, *Referendne pravo Ukrainy: navchalnyi posibnyk [Referendum Law of Ukraine: Study Guide]* (Lira-K 2006) (in Ukrainian).
6. Polonska-Vasylenko N, *Istoriia Ukrainy [History of Ukraine], t I (do pol. XVII st.) [(Till the Half of the XVII Century)]* (Ukrainske vyd-vo 1972) (in Ukrainian).
7. Rejsner M, *Gosudarstvo. Chast' I. Ideologija i metod [The State. Part I. Ideology and Method]* (Izd-e Socialist Akadem Obshhestv nauk 1918) (in Russian).
8. Shapoval V, *Suchasnyi konstytutsionalizm [Modern Constitutionalism]* (Jurinkom Inter 2005) (in Ukrainian).
9. Sichynskyi V, *Chuzhyntsi pro Ukrainu. Vybir z opysiv podorozhiv po Ukraini ta inshykh pysan chuzhyntsiiv pro Ukrainu za desiat stolit [Foreigners about Ukraine. Selected Descriptions of Travels in Ukraine and Other Writings by Foreigners about Ukraine for Ten Centuries]* (Vydannia Petra Pavlovycha 1946) (in Ukrainian).
10. Skrypniuk O, *Demokratiia: Ukraina i svitovy vymir (kontseptsii, modeli ta suspilna praktyka) [Democracy: Ukraine and the Global Dimension (Concepts, Models and Social Practice)]* (Lohos 2006) (in Ukrainian).
11. Vladimirskij-Budanov M, *Obzor istorii russkogo prava [Review of the History of Russian Law]* (Izd Knizhn mag N Ja Ogloblina 1915) (in Russian).
12. Yanchuk A, *Bezposerednie zdiisnennia vlyady narodom v Ukraini (konstytutsiino-pravovy analiz) [Direct Exercise of Power by the People of Ukraine (Constitutional and Legal Analysis)]* (Drukarnia Ruta 2014) (in Ukrainian).

Edited and translated books

13. Adoratskij V, ‘Demokratija’ [‘Democracy’] v *Jenciklopedija gosudarstva i prava [Encyclopedia of State and Law]*, t 1 (Stuchka P red, Izd-vo Kommunisticheskoi akademii 1925-1926) (in Russian).
14. Akvinskyi T, *Komentari do Arystotelevoi “Polityky” [Comments on Aristotle’s “Politics”]* (Kysliuk O per z lat, Osnova 2003) (in Ukrainian).
15. Aristotel', *Politika [Politics]* (Zhebelev S per, Akadem proekt 2015) (in Russian).
16. Bell D, *Kytaiska model. Politychna merytokratiia ta mezhi demokratii [Chinese Model. Political Meritocracy and the Limits of Democracy]* (Dem'ianchuk O per z anhl, Nash format 2017) (in Ukrainian).
17. Berman Dzh, *Zapadnaja tradicija prava: jepoha formirovanija [Western Tradition of Law: The Age of Formation]* (per s angl, NORMA-INFRA-M 1998) (in Russian).
18. Dajmond L, ‘Opredelenie i razvitie demokratii’ [‘Definition and Development of Democracy’] v *Teorija i praktika demokratii: izbrannye teksty [Theory and Practice of Democracy: Selected Texts]* (per s angl, Ladomir 2006) (in Russian).
19. Dal' R, *Demokratija i ejo kritiki [Democracy and Its Critics]* (per s angl, ROSSPJeN 2003) (in Russian).
20. Dal' R, *Poliarhija: uchastie i oppozicija [Polyarchy: Participation and Opposition]* (Denikina S i Baranov V per s angl, Izd dom Vysšej shkoly jekonomiki 2010) (in Russian).

21. Dann D, *Ne ocharovyvat'sja demokratiej [Don't Be Fascinated by Democracy]* (Kushnareva I per s angl, Izd-vo Instituta Gajdara 2016) (in Russian).
22. Ferhiuson N, *Ploshchi ta vezhi. Sotsialni zv'iazky vid masoniv do Feisbuku [Squares and Towers. Social Connections from Freemasons to Facebook]* (Dysa K per z anhl, Nash format 2018) (in Ukrainian).
23. Fukujama F, *Konec istorii i poslednij chelovek [The End of History and the Last Man]* (Levin M per s angl, AST 2015) (in Russian).
24. Goldstoun Dzh A, *Revoljucija. Ochen' kratkoe vvedenie [Revolution. A Very Brief Introduction]* (Jakovlev A per s angl, Iz-vo Instituta Gajdara 2015) (in Russian).
25. Grin D, *Istorija Anglii i anglijskogo naroda [History of England and the English People]* (per s angl, Kuchkovo pole 2014) (in Russian).
26. Hajek F A fon, *Konstitucija svobody [Constitution of Liberty]* (per s angl, Novoe izdatelstvo 2018) (in Russian).
27. Hantington S, *Stolknovenie civilizacij [Clash of Civilizations]* (Velimeev T per s angl, AST 2014) (in Russian).
28. Harpfer K i drugie (sost i nauch red), *Demokratizacija: uchebnoe posobie [Democratization: Study Guide]* (per s angl, Izd dom Vysshej shkoly jekonomiki 2015) (in Russian).
29. Heffe O, *Est' li budujushhee u demokratii? O sovremennoj politike [Is there a Future for Democracy? About Modern Politics]* (per s nem, Delo 2015) (in Russian).
30. Held D, *Modeli demokratii [Models of Democracy]* (Rudakov M per s angl, Delo 2014) (in Russian).
31. Kanfora L, *Demokratija. Istorija odnoj ideologii [Democracy. History of One Ideology]* (Miroljubova A per s ital, Aleksandrija 2012) (in Russian).
32. Kelzen H, *Pro sutnist i tsinnist demokratii [On the Essence and Importance of Democracy]* (Mokrovolskyi O per z nim, VNTL-Klasyka 2013) (in Ukrainian).
33. Krastev I, *Posle Evropy [After Europe]* (Nikitina A per s angl, Delo 2018) (in Russian).
34. Lejphart A, 'Konsocial'naja demokratija' [Consocial Democracy] v *Teorija i praktika demokratii: izbrannye teksty [Theory and Practice of Democracy: Selected Texts]* (per s angl, Lodomir 2006) (in Russian).
35. Lipset S, 'Politicheskij chelovek: social'nye osnovy politicheskoy zhizni' ['The Political Man: Social Foundations of Political Life'] v *Teorija i praktika demokratii: izbrannye teksty [Theory and Practice of Democracy: Selected Texts]* (per s angl, Lodomir 2006) (in Russian).
36. *Mistsevi referendumy v Ukraini: teoretychni ta normoproektni aspekty: materialy kruhloho stolu [Local Referenda in Ukraine: Aspects of Theory and Draft Provisions: Materials of the Round Table]* (Fedorenko V ta in avtor kol, SPD Moskalenko O M 2009) (in Ukrainian).
37. Naim M, *Zanepad vlady: vid vladnykh kabinetiv do poliv bytvy y tserkov, a potim i do derzhavy, abo chomu sohodni buty pry vladi oznachaie zovsim inshe, nizh kolys [The Decline of Power: From Government's Offices to Battlefields and Churches, and Further to the State, or Why Being in the Government Today Means Something Very Different Than Earlier]* (Dem'ianchuk O per z anhl, Fors Ukraina 2017) (in Ukrainian).
38. Orteha-i-Haset Kh, *Vybrani tvory [Selected Works]* (per z isp, Osnovy 1994) (in Ukrainian).
39. Russo Zh-Zh, *Traktaty [Treatises]* (perevod s francuzskogo, Alekseev-Popov V i dr sost, Nauka 1969) (in Russian).
40. Surkov V, 'Nacionalizacija budushhego (paragrafy pro suverennuju demokratiju)' ['Nationalization of the Future (Paragraphs about Sovereign Democracy)'] v *Suverennaja demokratija. Ot idei – k doktrine [Sovereign Democracy. From Idea to Doctrine]* (Evropa 2006) (in Russian).

41. Tokvil A. de, *Pro demokratiuu v Amerytsi [On Democracy in America]* (Filipchuk H ta Moskalenko M per z frants, Vsesvit 1999) (in Ukrainian).
42. Toledo A, *Social'no splochennoe obshhestvo. Global'nye perspektivy Latinskoj Ameriki [Socially Cohesive Society. Latin America's Global Prospects]* (Gus'kov A per s angl, Izd dom vyssh shkol jekonom 2019) (in Russian).
43. Urbinati N, *Iskazhennaja demokratija. Mnenie, istina i narod [Distorted Democracy. Opinion, the Truth and the People]* (Kralechkin D per s angl, Izd-vo Instituta Gajdara 2016) (in Russian).
44. Zakarija F, *Budushhee svobody: neliberal'naja demokratija v SShA i za ih predelami [The Future of Liberty: Non-Liberal Democracy in the US and Abroad]* (Inozemcev V per s angl, Ladomir 2004) (in Russian).

Journal articles

45. Fedorenko V, ‘Konstytutsionalizm i revoliutsii’ [‘Constitutionalism and Revolutions’] (2018) 4 *Pravo Ukrainy* 64-92 (in Ukrainian).
46. Motsok V, “Elektoralna revoliutsiia” v amerykanskkii politytsi spryannia demokratii dlia Skhidnoi Yevropy’ [“Electoral Revolution” in American Democracy Promotion Policy for Eastern Europe’] (2013) 25-6 *Istoryko-politychni problemy suchasnoho svitu* 97-102 (in Ukrainian).
47. Nesterovych V, ‘Konstytutsiino-pravova kharakterystyka khronolohii provedennia vyboriv u suchasni Ukraini’ [‘Constitutional and Legal Characterization of the Chronology of Elections in Modern Ukraine’] [2019] 1(3) *Ekspert: paradyhmy yurydychnykh nauk i derzhavnoho upravlinnia* 121-43 (in Ukrainian).

Websites

48. Zhadan S, ‘V Ukraini vidbulasia elektoralna revoliutsiia, ale naslidky yii nevidomi’ [‘There Has Been an Electoral Revolution in Ukraine, but Its Consequences are Unknown’] (*Ukrinform*, 05.08.2019) <<https://www.ukrinform.ua/rubric-politics/2754588-v-ukraini-vidbulasa-elektoralna-revolucia-ale-naslidki-ii-nevidomizadan.html>> (accessed: 03.10.2019) (in Ukrainian).
49. Omelianiuk M, ‘Elektoralna revoliutsiia’ [‘Electoral Revolution’] (*site.ua*) <<https://site.ua/mark.omelianiuk/21440>> (accessed: 03.10.2019) (in Ukrainian).

Vladislav Fedorenko

DEMOCRACY, DEMOCRATIZATION AND THE PHENOMENON
OF “ELECTORAL REVOLUTION” OF 2019 IN UKRAINE

ABSTRACT. The article focuses on the issues of maturing and development of democracy and democratization in Ukraine and abroad. The author explores the origins and the genesis of the democracy doctrine, determines its essence and content. Hence, the conclusion is made that democracy (from Greek. *Δημοκρατία* – “power of the people”, “people’s rule”) is a historically evolved type of political and legal regime under which the only source of legitimate power in the State is the people, and the people exercise power directly and (or) through representative institutions.

It is noted that in the late XX – early XXI centuries, along with direct (elections, referendums, etc.) and representative democracy, the democracy of participation, or the so-called participatory democracy (from English participate) is becoming popular. The latter is a form of political and legal regime which provides that the entire public and

Владислав Федоренко

State life is organized with the involvement of the public in the drafting and adoption of power and administration decisions.

The aim of the article is to highlight the origin, essence and content of democracy, to ascertain the ways and forms of democratization in the XXI century, as well as the phenomenology of the “electoral revolution” in 2019 in the context of development of new democratization courses in Ukraine.

The article emphasizes the urgent need to determine the democracy doctrine which will lay the creative foundation for the development of a well-balanced system of democracy in Ukraine, with its further normalization in the Constitution and laws of Ukraine. In this connection, the constitutional theories and doctrines of democracy and democratization widespread in the world today should be taken into account. The author gives a brief review and characterization of relevant theories (the elitist, or “realistic” theory of democracy by J. Schumpeter and N. Weber; the theory of legal (“rule of law”) or liberal democracy by A. von Hayek, L. Diamond and others; the polyarchic theory of democracy by R. Dahl; the pluralistic or competitive model of democracy; the theory of procedural or consociational democracy by A. Lijphart and others), and concludes that the theories and models of liberal democracy are in tune with Ukraine.

The article studies the relationship of such categories as “democracy” and “democratization” which characterize the static and the dynamic properties of democracy, the transition from ideas, values and principles to the practice of their implementation by an individual, civil society and the State. The author substantiates the conclusion that democratization is a system of constitutional legal relations which aim at transforming the country from an undemocratic (partly democratic) to a fully democratic political regime and at the all-round introduction of elements of democracy in society and the State, as well as at the extensive involvement of citizens and civil society institutions in the administration of the State’s affairs and implementation of local self-government.

The article explores the phenomenon of “electoral revolution” as one of the trends in democratization of political and legal regimes of Eastern European states which has been embodied in the process and in the results of the elections of the President of Ukraine and People’s Deputies of Ukraine in 2019. The author gives the definition of the concept and the essential features of the “electoral revolution” in Ukraine. In particular, the author suggests that the category of “electoral revolution” (from Latin “revolutio” – “return”, “transformation”) should be understood as the newest type of revolution which is underlain by the values of democracy, constitutionalism and respect for human rights and which provides for a radical change ensuing from and resting upon the results of elections of the old political elites being substituted for the new ones, and which also provides for the formulation of the new purposes, tasks and priorities of the State’s development in interaction with civil society.

KEYWORDS: democracy; direct democracy; representative democracy; participatory democracy; democratization; revolution “electoral revolution”.

V. Розвиток народовладдя у сучасному інформаційному суспільстві

DOI: 10.33498/opus-2019-11-225



Павло Куфтирєв

кандидат юридичних наук,
голова Громадської організації
“Український інститут прямої демократії”
(Київ, Україна)
advocat74@ukr.net

УДК 342 (477)

КОНЦЕПЦІЯ ПРЯМОЇ ЕЛЕКТРОННОЇ ДЕМОКРАТІЇ ЯК ДОЦІЛЬНИЙ НАПРЯМ РОЗВИТКУ УКРАЇНИ

АНОТАЦІЯ. Криза парламентаризму, параліч багатьох публічних правових механізмів, колапс у діяльності певних конституційних інституцій, деградація вихідних засад конституціоналізму знову і знову обумовлюють пошук найбільш оптимальних та ефективних шляхів вирішення викликів, які ставить час перед існуючим конституційно-правовим режимом України. Одними з доцільних шляхів удосконалення системи народовладдя в Україні можуть стати інструменти прямої електронної демократії, які знову перебувають на порядку денному сучасного політикуму й нині активно дискутуються громадськістю.

Метою статті стало прагнення автора продемонструвати зріз підходів до прямої електронної демократії, які наразі побутують у світі, академічних колах, серед мислителів, практиків запровадження демократичних електронних інструментів. Демонстрування основних підходів дає змогу більш глибоко опанувати юридичну природу цього складного явища, що зародилося й існує на межі конституційного права, політології, соціології, інформаційно-технічних знань.

Основні результати дослідження полягають у виокремленні та систематизації головних концептів електронної демократії та їх вимірі у конституційно-правовій парадигмі, адже пряма електронна демократія була генерована інтернет-спільнотою як явище саморегуляції цифрового суспільства і не була штучно розроблена науковцями-конституціоналістами. Досі пряма електронна демократія не знайшла своєї точної індексації у категорійному апараті конституційного права і перебуває у стадії розробки й осмислення як особлива форма політико-правового режиму чи як його підвид, особлива форма.

Основними висновками з цієї публікації є умовиводи про доцільність осмисленого, поступового, належним чином розробленого інструментарію прямої електронної демократії у практику реалізації конституційних прав народовладдя.

Ключові слова: пряма демократія; електронна демократія; політико-правовий режим; цифрове суспільство; діджиталізація.

© Павло Куфтирєв, 2019

Карколомні події в Україні 2014 р., що призвели до переосмислення публічного адміністрування і державного управління, трансформації діючих державних інституцій і механізмів, колапсу правової системи й паралічу правоохоронних органів та судів знову змусили замислитися над запитаннями, відповіді на які, здавалось би, вже давно надані в усіх академічних підручниках з теорії права, політико-правових учень і конституційного права – якою бути Україні, який політико-правовий режим, політична система, форма правління є найбільш оптимальними для неї? На ці запитання намагаються знайти відповідь, мабуть, всі без винятку мислячі люди в Україні незалежно від фаху, роду занять, покликання, політичних уподобань і переконань.

Метою дослідження стало прагнення автора продемонструвати зріз підходів до прямої електронної демократії, які наразі побутують у світі, академічних колах, серед мислителів, практиків запровадження демократичних електронних інструментів. Демонстрування основних підходів дає змогу більш глибоко опанувати юридичну природу цього складного явища, що зародилося й існує на межі конституційного права, політології, соціології, інформаційно-технічних знань.

Як сталося так, що Україна, практично без малого за 30 років свого незалежного існування як суверенної держави, не спромоглася створити комфортне, зручне, сучасне, прийнятне середовище для існування та розвитку своїх громадян? Відповіді на ці та низку інших, пов'язаних із ними, запитань лежать у площині політології, економіки, правознавства, філософії, соціології та навіть етнопсихології і залежать від сукупності як об'єктивних, так і суб'єктивних чинників. Однак факт залишається фактом: незаперечно, що події на Майдані в 2014 р. і ті, що відбулися за ними здійснили переворот у свідомості громадян України, незалежно від ставлення до них. Можна бути як прихильником, так і противником результатів подій на Майдані, але, по-перше, всі ми усвідомили, якою крихкою є державність, і як легко може бути втрачена держава. Досі в ментальності будь-якого громадянина України ідея держави здавалася непорушною, монументальною, віковичною і незламною. Державницький інстинкт був основою патерналістичної правосвідомості будь-якого вихідця із пострадянських країн. І ось зазначені вище події, особливо в перші місяці після лютого 2014 р., показали, наскільки вразливою є ідея держави, як легко може бути зруйнована вона й основні її підвалини, громадські зв'язки у межах правовідносин “держава – громадянин”, стереотипи і традиції. По-друге, незважаючи на всі “майданні” оцінки, незаперечним є переворот у масовій свідомості щодо ролі держави та її призначення, ролі державного апарату та функціонального забезпечення чиновництва. Йдеться

передусім про обов'язки держави перед громадянами. І такі ідеї все більше входять у масову свідомість українських громадян.

Функціональна роль держави як зручного інструментарію для задоволення потреб громадян – ось сучасний порядок денний політико-правового дискурсу. При цьому не йдеться про неоанархічні чи лібертаріанські ідеї демонтажу держави, а передусім про переосмислення ролі самої держави, зміни її функціонального призначення. Забезпечення недоторканності власності, приватноправова автономія особистості, гарантування непорушності основоположних прав і свобод людини важко уявити без сили державного примусу, правоохоронних інструментів держави. А тому може йтися про трансформацію ідей держави, її функціонування як публічного сервісу, що дає можливості для розвитку кожного індивіда. Відповідним інструментарієм, що адекватно здатне забезпечити попит всіх і кожного, є такий режим політичної системи, який корегується самими споживачами – громадянами публічного управління, адміністративних сервісів. І в ідеалі – це пряма демократія, яка і є парадигмою осмислення публічного адміністрування в сучасній сервісній державі, що може бути схематично виражено у формулі “суб'єкт управління = об'єкт управління”, оскільки народ з огляду на принцип народовладдя і народного суверенітету є єдиним і вищим носієм влади і водночас об'єктом, відносно якого здійснюється владно-управлінський вплив.

Проте пряма демократія має відповідну специфіку своєї реалізації, адміністрування управлінських процедур і надання владних сервісів. Основною специфікою, що впливає на забезпечення реалізації прямої демократії, є істинне, точне, повне, всебічне, своєчасне виявлення волі основного джерела влади – народу. Представницька (репрезентативна) демократія, незважаючи на всі свої недоліки, подібних проблем не зазнає, адже адміністрування владних велінь здійснюється через обраних представників, кількість яких дає змогу відносно мобільно формувати владно-розпорядчі приписи, встановлювати регулятиви та регламенти поведінки. Крім того, репрезентативна демократія має низку нездоланих недоліків, перелічувати які не вважаємо за доцільне, оскільки цьому присвячено достатню кількість спеціальних досліджень. Зазначимо лише, що системі репрезентативної демократії завжди загрожують ризики узурпування влади обраними представниками та їхній відрив від народу у веденні політики. Зрештою, вбачається обґрунтованою гіпотеза, відповідно до якої представницька демократія бере свій початок від прямої демократії у процесі історично-правового розвитку як інструмент для зручності управління, оскільки встановлювати волю населення, яке дедалі зростало, ставало все складніше, а тому представницька

Павло Куфтирєв

демократія – це результат розвитку й ускладнення політичних відносин у суспільстві. Іноді такі види делегування влади набували форми узурпування влади верхівкою. Додатковим аргументом первинності безпосередньої демократії є те, що вибори як форма делегування влади народом своїм представникам здійснюються також через пряме й загальне голосування, тобто це ніщо інше, як один із інструментів прямої демократії, поряд з іншими інструментами – референдумом, законодавчою ініціативою, відкликом обраних представників тощо.

Проте суспільний розвиток й особливо технологічний розвиток і науково-технічний прогрес дали змогу у ХХІ ст. остаточно вирішити питання із технологічними незручностями прямої демократії та поставити крапку у критичних доводах неспроможності прямої демократії на здійснення оперативного управління в державі та мобільного адміністрування владних процесів. За наявності сучасних технологій абсолютно немає проблеми оперативно встановити істинну волю народу, ідентифікувати волевиявлення та підрахувати голоси з будь-якого питання (загальнодержавного чи місцевого значення).

Сьогодні електронна демократія (*e-демократія, e-dem*) як предмет наукових досліджень знайшла своє місце у політологічних, соціологічних, філософських науках, у кібернетиці, які активно розробляють тематику, пов'язану з застосуванням інформаційно-комунікативних технологій (далі – ІКТ) у політичному житті. Трапляються непоодинокі припущення, що у цифровий вік гуманітарні науки поволі неодмінно гібридизуються¹. При цьому присвоювання та використання знань інших наук відбувається шляхом юридизації методів (пізнавальних засобів і прийомів) інших наук та формування нових юридичних дисциплін на перетині юриспруденції та суміжних наук². Бажаємо ми того чи ні, але електронні засоби комунікації у конституційних правовідносинах нині вже є реальністю і дійсністю та продовжують невпинно розвиватися. Науковці вже констатують появу нової правової інтегрованої спільності під загальною назвою “телекомунікаційне право”³.

Сучасні розробки у сфері ІКТ справили вплив на політичну науку, на сучасних філософів і соціологів, які стали конструювати майбутні моделі розвитку інформаційного суспільства. Таким чином, акцент дискусій у ХХІ ст. перемістився із сутнісних, онтологічних досліджень демократії, типологізації демократії переважно у сферу вироблення алгорит-

www.pravoh.com.ua

¹ Я Пруденко и Д Кузьмина, ‘Гуманитарные науки в цифровой век или неотвратимость дисциплинарной гибридации’ [2012] 3(8) Международный журнал исследований культуры 17.

² В Плавич, ‘Сучасні проблеми формування та розвитку нової парадигми права’ (2007) 24 Держава і право. Юридичні і політичні науки: збірник наукових праць 3-12.

³ Див.: К Калюжний, ‘Трансформация политической системы под воздействием новых информационных технологий’ (автореф дис канд полит наук, 2004).

мованих послідовностей її забезпечення. Питання сутності демократії, її змісту, переваг і недоліків вже поволі перестає бути темою найгостріших наукових дискусій і викликати непорозуміння. Як зазначив М. Гілберт, оскільки характер демократичних процесів базується виключно на координації зв'язків інформаційних потоків, які можуть бути відцифровані, ідея “електронної демократії” не є надуманою. Готовність індустрії програмного забезпечення та суспільства інвестувати у цю галузь стає вирішальним чинником інтернетифікації у демократичному процесі⁴.

Загалом дослідження впливу ІКТ на політико-правове життя суспільства дало змогу сформулювати основні підходи до ставлення до ІКТ. З одного боку, продовжують множитися дистопічні страхи встановлення тотального глобального контролю за демократією з боку політичних еліт, апокаліптичні пророцтва світового електронного концтабору; з другого боку, інформаційна революція 90-х років породила цілий спектр ідилічних та утопічних очікувань формування “нової агори” та нової форми прямої е-демократії⁵.

Результати науково-технічного прогресу запропонували цілий арсенал телекомунікаційних прийомів і засобів адекватного відображення волевиявлення громадян та прозорих механізмів верифікації такого волевиявлення. Електронні форми демократичного волевиявлення відкривають надзвичайні можливості залучення найширших мас населення до управління державою з тим, щоби голос кожного громадянина був врахований при прийнятті важливих питань державного і суспільного життя, а запит кожного громадянина був би почутий і одержав би адекватне реагування з боку відповідних органів державної влади. Ю. Габермас як фундатор комунікативної теорії вважав, що кіберпростір є новою суспільною сферою, простором вільних суджень з актуальних громадських проблем, у якому кожен громадянин може не тільки висловитися, а й бути почутим⁶. Демократія, на його думку, можлива лише там, де громадяни добре інформовані, а виборці роблять саме поінформований вибір. Учений вважає, що в асоціації вільних та рівних усі мають мати рівні можливості вважати себе авторами тих законів, пов'язаність із якими дає змогу кожному окремо відчувати себе як їхній адресат⁷.

⁴ M Hilbert, 'Comment on the Financing Aspect of the Information Society for Developing Countries' [2004] 1(3-4) *Information technologies and International Development* 79.

⁵ Див. Е Дьякова и А Трахтенберг, 'Социальные последствия развития интернета и миф о величии электричества' в *Интернет. Общество. Личность: тезисы докладов Международной конференции* (1999).

⁶ J Habermas, *The structural transformation of the public sphere: An inquiry into a category of bourgeois society* (Polity Press 1989); J Habermas, 'The Emergence of the Public Sphere' in *The Polity Reader in Cultural Theory* (Polity Press 1994).

⁷ А Денежкин, “Фактичность и значимость” Ю. Хабермаса: новые исследования по теории права и демократического правового государства' в Хабермас Ю, *Демократия. Разум. Нравственность* (Мотрошилова Н отв ред, КАМІ 2995) 194.

Е-демократію визначають і формою демократії, і формою тільки прямої демократії, і засобом демократичної інтертелекомунікації, засобом конституційного краудсорсингу, і просто способом використання ІКТ у сфері політики тощо. Будь-які сервіси адміністративних онлайн-послуг також іноді іменують е-демократією, а також електронні петиції та всю сукупність технологічних розробок, що дають змогу громадянам брати участь у прийнятті владних рішень.

Поняття “електронна демократія” до певної міри є умовним, а з погляду категорійного апарату правознавства навіть не зовсім коректним. Нині відсутні дані про точне авторство цього терміна. Однак, зрештою, більша кількість наукових понять тією чи іншою мірою є результатом наукового компромісу, домовленостей, умовностей, а тому, незважаючи на певний дисонанс, поняття *e-dem* остаточно закріпилося у юридичній лексиці.

Тотожним поняттям е-демократії та кібердемократії стало поняття “цифрова” (або діджитальна – *digital*) демократія. Ним оперує, до прикладу, голландський дослідник Я. ван Дейк і низка інших авторів⁸. Дослідник відзначає, що при домінуванні цифрових технологій демократія робить більш відкритим і доступним широкому загалу процес обміну інформацією, підтримує формування спільнот та артикуляцію групових інтересів, а також забезпечує більшу залученість громадянина у політичний процес. На думку Я. ван Дейка, цифрова форма призводить до ренесансу форм прямої демократії та проводить аналогію з давньогрецькою Агорою⁹.

Фундатор Медіалабораторії Массачусетського технологічного інституту – Н. Негропonte, який вважається одним із першопрохідців інтернету, автор бестселеру “Цифрове буття” у 1997 р. передрік руйнування національних кордонів завдяки інтернету: ‘У той час, як політики борються з вантажем історії, у цифровому середовищі виникає нове покоління, вільне від багатьох старих упереджень. Цифрові технології можуть стати природною силою, що гармонізує світ’. На його думку, держава буде ставати все вужчою і ширшою: ‘Вона буде ставати все меншою, щоби бути більш локальною, <...> закони мають ставати все загальнішими. Кібернетичний закон має стати всеосяжним законом’¹⁰. Н. Негропonte у 1995 р. сформулював концепцію “електронної економіки” і його авторство цього поняття достовірно підтверджується. Гіпотетично, можливо, саме це поняття стало матрицею для лінгвістичного калькування понят-

⁸ J Dijk, *Digital democracy: issues of theory and practice* (SAGE 2000) 228.

⁹ J Dijk, ‘Digital Democracy: Vision and Reality’ in Ig Snellen and Marcel Thaens and Wim van de Donk (eds), *Public Administration in the Information Age: Revisited* (IOS Press 2012) 49.

¹⁰ N Negroponte, *Being Digital* (Vintage Books 1995) 199; Thomas A Bass, ‘Being Nicholas’ (1995) 11 *Wired* 202.

тя “електронна демократія” у результаті поєднання користувачами мережі Інтернет понять “електронна економіка” і “теледемократія”.

Керівник Анненберзької школи комунікативістики при Пенсильванському університеті Дж. Гербнер у праці “Масові засоби та теорія зв’язку людей”, досліджуючи такий невід’ємний елемент демократії, як громадська думка, оперував поняттям інформаційної демократії, зазначивши при цьому:

Народне самоуправління можливе лише у тому разі, якщо люди, виступаючи як громадяни, колективно створять альтернативну політику <...> і приватні системи “пізнання та поглядів” будуть трансформовані в суспільні системи¹¹.

За даними Британської енциклопедії (“Британіка”) у статті Е. Чедвіка, присвяченій визначенню “e-демократії”¹², цей термін імовірно походить від назви відомого у США незалежного інтернет-форуму “*Minnesota E-Democracy*”, заснований у 1994 р. і який згодом фундатори перетворили у сайт “*E-Democracy.org*”. Останній існує й досі та позиціонує себе як піонерський проєкт у сфері e-демократії. Хоча такі дані, на нашу думку, є доволі умовними й точного авторства цієї дефініції не встановлено, праволодільця чи легітимовано визнаного автора допоки не виявлено, що дає підстави вважати цей термін “народним”.

“Британіка”¹³ запозичує для визначення “e-демократії” відповідну статтю Е. Чедвіка з “Енциклопедії урядування”¹⁴ і визначає таким чином – це використання інформаційних і комунікаційних технологій зміцнення демократії, що у деяких випадках здатна замінити представницьку демократію.

Автор, професор політичних наук Університету Лондона, як бачимо, використав праксеологічний (діяльнісний підхід), тобто “e-демократія – це використання” (тобто певна дія суб’єкта); при цьому досить радикально окреслив її роль як інструментарію, здатного замінити представницьку демократію. Зазначений підхід є досить поширеним у працях, які присвячені e-демократії, він зводиться до того, що e-демократія являє собою нову якісну сутність демократії, що трансформує представницькі інститути шляхом використання технологій (переважно ІКТ).

¹¹ G Gerbner, ‘Mass Media and human communication theory’ in Frank E X. Dance (ed), *Human Communication Theory* (1967) 48.

¹² Andrew Chadwick, ‘E-democracy’ (*Britannica*, 12.03.2013) <<http://www.britannica.com/topic/e-democracy>> (accessed: 03.10.2019).

¹³ Найстаріша і всеосяжна англійська енциклопедія, яка з початку XX ст. перемістилася у США. З 2012 р. перестала публікуватися на паперових носіях і перейшла виключно на мультимедійний формат. Вважається однією з основних баз для порівняння з “Вікіпедією”.

¹⁴ Bevir Mark (ed), *Encyclopedia of Governance* (SAGE Publications 2006-2007) 1232.

Павло Куфтирєв

З огляду на такі саме позиції пояснює зміст цього поняття й один із найвідоміших світових фахівців з *e*-демократії, один із піонерів цього напрямку – С. Кліфт. На його думку, *e*-демократія означає використання інформаційних і комунікаційних технологій і стратегій демократичними діячами (урядами, посадовцями, медіа, політичними організаціями, громадянами/виборцями) всередині політичних та управлінських процесів місцевих спільнот, націй і на міжнародному рівні¹⁵.

З інших позицій дається погляд на *e*-демократію у досить відомому колективному міжуніверситетському дослідженні 2003 р. “Оцінка використання нових технологій з метою сприяння демократії у Європі. *E*-демократизація парламентів та партій у Європі”: *e*-демократія складається з усіх електронних засобів комунікацій, що дають змогу/уможливають для громадян застосування зусиль для тримання керівників/політиків відповідальними за свої дії у сфері публічного життя. Залежно від аспектів демократії, що просуваються, *e*-демократія може використовувати різні технології для: 1) підвищення транспарентності політичного процесу; 2) посилення прямого залучення та участі громадян; 3) удосконалення якості формування думок шляхом відкриття нового простору для інформації та обговорення¹⁶. На думку колективу авторів, техніками *e*-демократії є: *e*-доступ, *e*-консультації, *e*-петиції, *e*-голосування, *e*-форуми. Відтак фактично таке технологізоване визначення ставить знак рівності між *e*-демократією та сукупністю ІКТ, що, на нашу думку, не зовсім правильно, адже відбувається підміна понять між результатом і засобом його досягнення. Засоби комунікації – це способи забезпечення демократії, але не самоціль демократичного режиму. Важко вести мову про побудову *e*-демократії у недемократичній країні.

Найпоширеніша мережева енциклопедія – “Вікіпедія” в англійській версії використовує визначення *e*-демократії, що надане колективом авторів-дослідників (Х. Джафаркарімі, А. Сім, Р. Саадатдуст, Джи Мей Хі), щоправда, представниками технічних наук із їхньої колективної статті “Вплив ІКТ на посилення ролі громадян у прийнятті владних рішень”¹⁷. На переконання цих авторів, *e*-демократія – це явище ХХІ ст., що включає у себе інформаційні та комунікаційні технології просування демократії, тобто форма правління, за якої всі дорослі громадяни набувають рівних

¹⁵ S Clift, *E-democracy, E-governance & public network* (Lehmanns Media 2004) 317-31.

¹⁶ Alexander H. Trechsel and other, *Evaluation of the Use of New Technologies in Order to Facilitate Democracy in Europe. E-democratizing the Parliaments and Parties of Europe* (European Communities 2003) <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/471583/IPOL-JOIN_ET\(2003\)471583_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2003/471583/IPOL-JOIN_ET(2003)471583_EN.pdf)> (accessed: 03.10.2019).

¹⁷ Hosein Jafarkarimi and other, “The Impact of ICT on Reinforcing Citizens’ Role in Government Decision Making” [2014] 4(1) *International Journal of Emerging Technology and Advanced Engineering* 642.

прав пропонувати, розробляти та створювати законодавство¹⁸. При цьому автори у своїх розмірковуваннях посилаються на доробки Е. Чедвіка.

Незважаючи на певну суперечливість, перебільшену технологізованість та правову неточність такого підходу, цінність його, на наше переконання, полягає у тому, що воно відносить *e*-демократію до явищ правового порядку, хоча і зводить його тільки до законотворчої ініціативи прямої демократії. Утім, автори, як ми припускаємо, і не ставили перед собою мети надавати правове визначення, але, зрештою, це одне з небагатьох визначень, що актуалізує правовий погляд на електронну демократію та юридизує його, хоча і не зовсім точно з погляду розмежування форми правління та форми політичного режиму.

Водночас україномовний (як і російськомовний) варіант “Вікіпедії” надає дещо інше бачення поняття *e*-демократії та визначає останню як форму демократії, що характеризується використанням ІКТ як основного засобу для колективних розумових (краудсорсинг) й адміністративних процесів (інформування, прийняття спільних рішень – електронне головування, контролювання виконання рішень тощо) на всіх рівнях – починаючи з рівня місцевого самоврядування і закінчуючи міжнародним¹⁹.

Знову ж таки, як бачимо, *e*-демократію намагаються визначити як форму демократії і зазначають про це, як про усталену категорію, вводячи в експертно-науковий лексикон нову форму демократії.

При цьому всі зазначені електронні ресурси як синоніми *e*-демократії використовують поняття цифрової демократії (або, як калька з англійської мови – діджитальна), відео-демократії, інтернет-демократії, інформаційної демократії, віртуальної демократії, мережевої демократії, вікі-демократії, аватарної демократії, крауд-демократії, кібердемократії, соціокібернетичної демократії, онлайн демократії тощо. Існує підхід у тлумаченні *e*-демократії як “хмарної демократії”²⁰.

Нам важко погодитися з гіпотезою, яку подекуди висловлюють у спеціальній літературі стосовно того, що недостатній ефект від правотворчої ініціативи у безпосередній площині правового життя може бути частково компенсований активністю громадян у віртуальному просторі, за допомогою форм електронної демократії. Нам видається, що електронна демократія не є компенсацією нестачі будь-якої з форм демократії, а є інтегрованою формою демократії, яка зародилася саме у тих країнах, де важко говорити про нестачу демократії чи низьку політичну активність громадян (США, Японія, країни Західної Європи).

¹⁸ ‘E-democracy’ (*Wikipedia*) <<https://en.wikipedia.org/wiki/E-democracy>> (accessed: 03.10.2019).

¹⁹ ‘Електронна демократія’ (*Wikipedia*) <https://uk.wikipedia.org/wiki/Електронна_демократія> (дата звернення: 03.10.2019).

²⁰ Леонид Волков и Федор Крашенинников, *Облачная демократия* (Кабинетный ученый 2013).

Павло Куфтирєв

У зв'язку з цим слушною є думка Я. ван Дейка, який вважає, що цифрова демократія являє собою більш високий рівень ліберальної демократії, симбіоз електронних технологій, що дають змогу взаємодіяти між собою у реальному часі людям, партіям, уряду, бізнесу, місцевим громадам та іншим соціальним інституціям. Цифрова демократія, на його думку, виникла з діалектичної взаємодії між технологіями та суспільством і 'становить набір спроб практикувати демократію без обмеження у часі, просторі та інших фізичних умов, є використанням ІКТ чи комп'ютерно-опосередкованої комунікації як додатку, а не заміни традиційних політичних умов'²¹.

На нашу думку, електронна демократія не підміняє собою традиційну демократію (представницьку чи пряму), а розширює її можливості, відкриває нові форми реалізації, виконує субсидіарну роль удосконалюючого чинника реалізації демократичних прав і свобод громадянина. Слушно зазначається, що електронна демократія не може існувати як самодостатній віртуальний феномен, якщо тільки не йдеться про альтернативну культуру, наприклад, у випадку з "Декларацією незалежності кіберпростору" Дж. П. Барлоу, у якій звучать анархічні та революційні мотиви²². ІКТ дають змогу набагато ширше використовувати інструментарій як представницької, так і прямої демократії. У випадку з представницькою формою е-демократія дає можливість представникам суспільства більш точно розуміти громадські настрої і волевиявлення мас та враховувати їх не тільки під час електорального процесу, коли передвиборчі настрої розраховуються з математичною точністю саме задля перемоги на виборах, а й під час регулярної роботи представницьких органів, оскільки політики змушені адаптувати свою діяльність з огляду на результати е-демократичних проявів суспільства, висловлених мережевим способом. Ю. Габермас однозначно має рацію, стверджуючи, що комунікація та прозорість стимулюють моральність поведінки еліт²³. Е-демократія дає змогу технічно перетворити вибори з одноразового акту у перманентний процес, а отже, питання імперативного мандату набуває нового забарвлення та іншої юридичної значущості. Як зазначає Дж. Бокер, ІКТ дає змогу громадянам голосувати швидко, неодноразово, з широкого кола питань, практично при мінімальних видатках²⁴. Е-демократія не руйнує систему репрезентативної демократії, як це іноді стверджують радикальні апологети цифрових технологій. Ще в 1998 р. Т. Бекет писав, що ІКТ мають відігравати значну

www.pravoua.com.ua

²¹ Dijk (n 8) 228.

²² А Соловьев, *Культура информационного общества: учебное пособие* (2013) 199.

²³ Ю Хабермас, *Будущее человеческой природы: на пути к либеральной евгенике?* (Хорьков М пер с нем, *Весь Мир* 2002) 144.

²⁴ G Boker, *Sorting things out: classification and its consequences* (MIT Press 1999) 12-32.

роль у досягненні “сильної” демократії, що ґрунтується на суспільстві мереж. ІКТ містять потенціал для прискореного розвитку демократії та сприяння якісному стрибку у галузі демократичного просування²⁵. ІКТ забарвлює представницьку демократію новими відтінками, надає їй нового змісту, змінює підходи до представницької демократії, перетворює обраних представників легіслатури та інших представницьких органів із відірваних від народу небожителів у сервісних менеджерів адміністративних послуг, а державу – у публічну корпорацію, що діє виключно в інтересах замовників таких послуг.

Е-демократія по-новому розставляє акценти водорозділу між репрезентативною і прямою демократією, затирає між ними межі й суперечності, наближує ці дві форми об’єктивації волевиявлення громадян, усуваючи недоліки кожної з них і підкреслюючи позитивні аспекти кожної. Технологічні можливості дають змогу громадянам брати участь у системах представницького обговорення, що без електронних форм досі було організаційно складно, а подекуди й неможливо і потребувало значних видатків. Експерти відзначають, що в умовах е-демократії репрезентативні демократичні інституції держави (до прикладу, парламент) можуть виконувати функцію агрегування громадського дискурсу, допомагати кристалізувати думки й позиції, виконувати консультативні функції, обробляти інформацію та виконувати інші функції формування політичної волі²⁶. Фігурально висловлюючись, в умовах е-демократії представницькі органи виступають модератором прямого волевиявлення громадян, системним адміністратором регулювання правовідносин, що формуються безпосередньо основним суверенним носієм влади – народом. Це дає змогу переосмислити державу як інституцію, розуміти її як “траст”, всього лише як інструмент для керування, що здійснюється спільнотою людей²⁷. Відтак е-демократія потребує як прямої, так репрезентативної складової політичної системи.

Наявність інтерактивного зворотного зв’язку громадян та влади сприяє розвитку форм прямої демократії – громадяни безпосередньо впливають на порядок денний, на коло актуальності питань, на сутність рішень, що приймаються. Американський дослідник А. Норман оптимістично передбачав на початку 90-х років, що ‘з розширенням можливостей комунікативної системи, підвищується рівень здійснення прямої

²⁵ T Becker, *Governance and electronic innovation: A clash of paradigms, Information, Communication and Society* (News press 1998) 339-43.

²⁶ Economic Commission for Latin America and the Caribbean, *Roadmaps toward an Information Society: A Latin American and Caribbean Perspective*. ECLAC books, No. 72, United Nations, July 2003, P. 22 ff.

²⁷ Див.: *Как нам модернизировать демократию: вызовы и перспективы электронной демократии: аналитический доклад* (Центр модернизационных решений 2010) 7-14.

Павло Куфтирєв

демократії²⁸. Навіть за умов консультативності й рекомендаційності результатів прямого волевиявлення, навряд чи відповідальна правляча влада наважиться приймати рішення всупереч прямому волевиявленню громадян під загрозою втратити легітимність. ІКТ дає змогу більш точно підраховувати пряме волевиявлення. При цьому з'являється можливість залучення більш широких мас населення, оскільки мережеве голосування, або е-мейл-голосування, потребує менших часових витрат²⁹. Е-демократія дає можливість технічно здолати основний недолік прямої демократії – можливу апатію та ігнорування фізичної явки на виборчі дільниці для частих голосувань, що притаманне системі прямої демократії.

Справедливим є твердження, що в сучасних умовах домінування представницької демократії пряма демократія без ІКТ електронної складової була б просто унеможливлена³⁰. Е-демократія надає нового імпульсу, відкриває нові засади конституційно-правової реалізації форм прямої демократії. Без електронного опосередкування у сучасному світі, урбанізованого мегаполісного розселення, значного, кількомільярдного зростання кількості суб'єктів правовідносин пряма демократія не може існувати. Швейцарський досвід *ландсгемайнде* можливий лише у найменших швейцарських кантонах – Гларус та Апенцель-Іннероден.

З огляду на наведені вище аргументи зближення представницької і прямої демократії при їх електронному опосередкуванні, видається за доцільне висунути тезу, що е-демократія є інтегратором існуючих форм реалізації волевиявлення суверенного носія влади – народу. Інтегрованість концепту е-демократії виявляється й у її методологічній стороні як наукової категорії політико-правових учень. Е-демократія не тільки інтегрує пряму й репрезентативну форми, а й може бути повністю агрегована в існуючі сучасні концепції демократії: у партисипативній демократії ІКТ можуть виконувати роль технологічного чинника залучення значних мас громадян у процес прийняття рішень; у деліберативній демократії ІКТ виконують роль комунікатора між різними соціальними групами, роль майданчика для дискурсу та з'ясування й уточнення позицій; у плюралістичній демократії ІКТ можуть виконувати роль артикуляції та узгодження інтересів різноманітних верств; у концепції егалітарної демократії рівність може розглядатись як рівність доступу до електронних ресурсів та сервісів ("цифрова рівність", на якій так наголошує

www.pravoua.com.ua

²⁸ A Norman, *Information Society: An Economic Theory of Discovery, Invention and Innovation* (1993) 246.

²⁹ C Leggewie, *Demokratie auf der Datenautobahn Internet und Politik* (1998); K Adams, *Word Wranglers, Automatic classification tools transform enterprise documents from bags of words into knowledge resources* (United Business Media 2004) 3.

³⁰ P Norris, *Digital Divide, Civic Engagement, Information Poverty and the Internet world wide* (Cambridge University Press 2001) 200-34.

ЮНЕСКО); у плебісцитній демократії ІКТ здатні ефективно забезпечити проведення частих акцій прямого волевиявлення тощо.

На думку Б. Барбера, та форма демократії участі, яка прийде завдяки допомозі нових інформаційних технологій на зміну представницькій, скасує як представництво політичних професіоналів, так і правління експертів і бюрократів³¹. Правильно відзначають ті спеціалісти, які стверджують, що електронна демократія не становить якоїсь “радикальної новації”, не змінює генеративної граматики сучасної політики, а, швидше за все, вписується у неї, призводячи до змін на рівні політичного активізму. Може йтися лише про радикальні зміни у “низовій” політиці, яка, утім, може вписуватися у цілковито класичні структури. Електронна демократія означає факт підвищення участі у політиці тих соціальних чи етнічних груп, які раніше були виключені з неї³².

Таким чином, е-демократія з науково-методологічного погляду являє собою унікальний правовий феномен – *sui generis*, що може бути дослідженим за допомогою комплексного міждисциплінарного інструментарію – теорії конституційних правовідносин, загально-правової герменевтики, теорії систем, кібернетичного аналізу, політологічного інжинірингу тощо. Як влучно зазначають експерти:

Інтернет-демократія – це спосіб поставити питання про демократію заново <...>. Технічні рішення виявляють той факт, що “дигіталізація” ставить питання про своєрідне переустановлення демократії чи її модернізацію³³.

П. Шайн стверджує, що електронна демократія повинна оживити демократію, навчивши громадян реалізації демократичних ініціатив технологічно³⁴. Б. Гейтс зазначив, що ‘інформаційна магістраль трансформує нашу культуру не менш кардинально, аніж книгодрукарський верстат Гутенберга – середньовічну’³⁵.

Висновки. Будучи прихильниками досліджуваної і розроблюваної нашим “Українським інститутом прямої демократії” концепції прямої електронної демократії, ми як фаховий осередок спеціалістів, які продукують нові змісти *e-dem* та *e-gov* глибоко переконані, що на нинішньому історичному етапі Україна має шанси надолужити економічні показники виключно шляхом широкомасштабного впровадження інструментів

³¹ В Barber, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age* (University of California Press 1984).

³² Как нам модернизировать демократию: вызовы и перспективы электронной демократии: аналитический доклад (н 27).

³³ Там само.

³⁴ P Shane, *Democracy online: the prospects for political renewal through the Internet* (Routledge 2004) 279.

³⁵ Б Гейтс, *Дорога в будущее* (Кущевич Ю пер, Channel Trading Ltd 1996) 19.

e-dem, таких як електронний референдум, електронна народна ініціатива, електронний *recall*. Оскільки саме це забезпечить сталість і балансостійкість політичної системи, єдність у правозастосуванні, що ґрунтується на рівності й справедливості. А це саме те, чого так не вистачає економіці України для її реанімації та створення привабливого середовища для інвестування.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Adams K, *Word Wranglers, Automatic classification tools transform enterprise documents from bags of words into knowledge resources* (United Business Media 2004) (in English).
2. Barber B, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age* (University of California Press 1984) (in English).
3. Becker T, *Governance and electronic innovation: A clash of paradigms, Information, Communication and Society* (News press 1998) (in English).
4. Boker G, *Sorting things out: classification and its consequences* (MIT Press 1999) (in English).
5. Clift S, *E-democracy, E-governance & public network* (Lehmanns Media 2004) (in English).
6. Dijk J, *Digital democracy: issues of theory and practice* (SAGE 2000) (in English).
7. Habermas J, *The structural transformation of the public sphere: An inquiry into a category of bourgeois society* (Polity Press 1989) (in English).
8. Leggewie C, *Demokratie auf der Datenautobahn Internet und Politik* (1998) (in German).
9. Negroponte N, *Being Digital* (Vintage Books 1995) (in English).
10. Norman A, *Information Society: An Economic Theory of Discovery, Invention and Innovation* (1993) (in English).
11. Norris P, *Digital Divide, Civic Engagement, Information Poverty and the Internet world wide* (Cambridge University Press 2001) (in English).
12. Shane P, *Democracy online: the prospects for political renewal through the Internet* (Routledge 2004) (in English).
13. *Kak nam modernizirovat' demokratiju: vyzovy i perspektivy jelektronnoj demokratii: analiticheskij doklad How We Can Modernize Democracy: E-Democracy Challenges and Prospects: Analytical Report* (Centr modernizacionnyh reshenij 2010) (in Russian).
14. Solov'ev A, *Kul'tura informacionnogo obshhestva: uchebnoe posobie [Information Society's Culture: Training Manual]* (2013) (in Russian).
15. Volkov L i Krashennnikov F, *Oblachnaja demokratija [Cloud Democracy]* (Kabinetnyj uchjonyj 2013) (in Russian).

Edited and translated books

16. Bevir M (ed), *Encyclopedia of Governance* (SAGE Publications 2006-2007) (in English).
17. Dijk J, 'Digital Democracy: Vision and Reality' in Ig Snellen, Marcel Thaens and Wim van de Donk (eds), *Public Administration in the Information Age: Revisited* (IOS Press 2012) (in English).
18. Gerbner G, 'Mass Media and human communication theory' in Frank E X Dance (ed), *Human Communication Theory* (1967) (in English).

19. Habermas J, 'The Emergence of the Public Sphere' in *The Polity Reader in Cultural Theory* (Polity Press 1994) (in English).
20. Denezhkin A, "‘Faktichnost’ i znachimost’" Ju. Habermasa: novye issledovaniya po teorii prava i demokraticeskogo pravovogo gosudarstva' ["Facticity and Value" by J. Habermas: New Research on the Theory of Law and Democratic Rule-of-Law State] v Habermas Ju, *Demokratija. Razum. Nравstvennost'* [Democracy. Mind. Morality] (Motroshilova N otv red, KAMI 2995) (in Russian).
21. D'jakova E i Trahtenberg A, 'Social'nye posledstviya razvitiya interneta i mif o velichii jelektrichestva' ['Social Implications of the Internet and the Myth of the Grandeur of Electricity'] v *Internet. Obshhestvo. Lichnost'. Tezisy dokladov Mezhdunarodnoi konferentsyi* [The Internet. Society. Personality. Report Theses. International Conference] (1999) (in Russian).
22. Gejts B, *Doroga v budushhee* [The Road to the Future] (Kupceвич Ju per, Channel Trading Ltd 1996) (in Russian).
23. Habermas Ju, *Budushhee chelovecheskoj prirody: Na puti k liberal'noj evgenike?* [The Future of Human Nature: Towards Liberal Eugenics?] (Hor'kov M per s nem, Ves' Mir 2002) (in Russian).

Journal articles

24. Hilbert M, 'Comment on the Financing Aspect of the Information Society for Developing Countries' [2004] 1(3-4) *Information technologies and International Development* 79 (in English).
25. Jafarkarimi H and other, 'The Impact of ICT on Reinforcing Citizens' Role in Government Decision Making' [2014] 4(1) *International Journal of Emerging Technology and Advanced Engineering* 642 (in English).
26. Plavych V, 'Suchasni problemy formuvannia ta rozvytku novoi paradyhmy prava' ['Today's Issues of the Set-Up and Development of the New Paradigm of Law'] (2007) 24 *Derzhava i pravo. Yurydychni i politychni nauky: Zbirnyk naukovykh prats* 3-12 (in Ukrainian).
27. Prudenko Ja i Kuz'mina D, 'Gumanitarnye nauki v cifrovoj vek ili neotvratimost' disciplinarnoj gibrizacii' ['Humanities in the Digital Era or the Inevitability of Disciplinary Hybridization'] [2012] 3(8) *Mezhdunarodnyj zhurnal issledovanij kul'tury* 17 (in Russian).

Newspaper articles

28. Bass T A, 'Being Nicholas' (1995) 11 *Wired* 202 (in English).

Theses abstracts

29. Kaljuzhnyj K, 'Transformacija politicheskoi sistemy pod vozdejstviem novykh informacionnykh tehnologij' ['Political System Transformation under the Influence of New Information Technologies'] (avtoref dis kand polit nauk, 2004) (in Russian).

Websites

30. 'E-democracy' (*Wikipedia*) <<https://en.wikipedia.org/wiki/E-democracy>> (accessed: 03.10.2019) (in English).
31. Chadwick A, 'E-democracy' (*Britannica*, 12.03.2013) <<http://www.britannica.com/topic/e-democracy>> (accessed: 03.10.2019) (in English).
32. Trechsel A H and other, 'Evaluation of the Use of New Technologies in Order to Facilitate Democracy in Europe. E-democratizing the Parliaments and Parties of Europe' (*European Communities*, 2003) <<http://www.europarl.europa.eu/RegData/>

Павло Куфтирев

etudes/etudes/join/2003/471583/IPOL-JOIN_ET(2003)471583_EN.pdf> (accessed: 03.10.2019) (in English).

33. 'Elektronna demokratiia' ['Electronic Democracy'] (*Wikipedia*) <https://uk.wikipedia.org/wiki/Elektronna_demokratiia> (accessed: 03.10.2019) (in Ukrainian).

Pavlo Kuftyrev

THE CONCEPT OF DIRECT ELECTRONIC DEMOCRACY AS THE OPPORTUNE DEVELOPMENT COURSE OF UKRAINE

ABSTRACT. The crisis of parliamentarism, the paralysis of many public legal mechanisms, the collapse in the functioning of some constitutional institutions, the degradation of the basic principles of constitutionalism substantiate, time and again, the need to search for the most optimal and efficient ways of responding to the challenges to Ukraine's current constitutional and legal regime which are generated by our epoch. One of the opportune ways to improve the democracy system in Ukraine can be found in the instruments of direct electronic democracy, which are again on the agenda of modern politics and are actively debated by the public today.

This article was inspired by the author's intention to demonstrate a cross-section of approaches to direct electronic democracy, which currently exist in the world, academic circles, among thinkers and practitioners involved in the introduction of democratic electronic instruments. The demonstration of the main approaches facilitates a more thorough comprehension of the legal nature of this complex phenomenon which originated and exists on the verge of constitutional law, political science, sociology, and IT knowledge.

The most important results of the study are the marking out and systematization of the main e-democracy concepts and their measurement in the constitutional and legal paradigm, given that direct e-democracy was generated by the Internet community as a phenomenon of digital society's self-regulation; it was not artificially developed by constitutional scientists. Until now, direct electronic democracy has not found its clear indexation in the array of categories of constitutional law, and is now being developed and comprehended as a special form of political and legal regime or as its sub-type, a special form.

The main conclusions of this publication are that there is a need for and the expediency of the thought-through, step-by-step, properly developed instruments of direct electronic democracy in the practice of exercising the democratic constitutional.

KEYWORDS: direct democracy; electronic democracy; political and legal regime; digital society; digitalization.



Олена Лоленко

адвокатеса, голова правового департаменту
Громадської організації
“Український інститут прямої демократії”
(Київ, Україна)
olena.lolenko@uidd.com.ua

DOI: 10.33498/opus-2019-11-241

УДК 342.571

ВІДКРИТІ ДАНІ ЯК ІНСТРУМЕНТ НАРОДОВЛАДДЯ

АНОТАЦІЯ. Побудова сервісно-орієнтованої держави з прозорою владою є однією з необхідних умов сталого демократичного розвитку, а прозорість влади досягається, зокрема, через використання інструментів участі громадян у прийнятті рішень органами державного управління та здійсненні громадського контролю за їхньою діяльністю.

Метою статті є дослідження питання впливу відкритих даних про діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування на реалізацію права громадян впливати на державну політику, практичного застосування відкритих даних як інструменту народовладдя.

У статті висвітлено історичні передумови розвитку концепції доступності даних у науковому середовищі, з подальшим втіленням ідей та прийнятих принципів відкритих даних як урядових ініціатив. Світові практики свідчать, що розвиток відкритих даних сприяє підзвітності органів державного управління громадянам, впровадженню інновацій та зростанню соціального впливу на владні рішення державних інституцій.

Проаналізовано можливість використання відкритих даних в Україні як інструменту народовладдя при проведенні оцінки та контролю за роботою влади та держави, що входить до моделі електронного уряду, на прикладі окремих наборів відкритих даних, які публікуються та обробляються з використанням сервісного програмного забезпечення.

Як висновок, можна визначити, що відкриті дані, які підлягають оприлюдненню, є певним інструментом впливу народу на органи державної влади й органи місцевого самоврядування, дієвим механізмом для контролю за владою, розвиток якого призведе до високого рівня відповідальності владних інституцій перед власними громадянами, зростання економічних показників та, як наслідок, побудови сервісно-орієнтованої держави.

Ключові слова: відкриті дані; набори відкритих даних; електронне урядування; сервісно-орієнтована держава; сервісне програмне забезпечення відкритих даних; контроль над владою; інструмент народовладдя.

© Олена Лоленко, 2019

Олена Лоленко

Сьогодні все більшого значення як елемента розробки соціально-економічної політики, причому як у розвинених, так і в країнах, що розвиваються, набирають відкриті дані. Цю концепцію все частіше офіційно беруть на озброєння уряди, компанії, організації громадянського суспільства та міжнародні інститути.

Метою дослідження є вивчення питання впливу відкритих даних про діяльність органів державної влади, місцевого самоврядування на реалізацію права громадян впливати на державну політику, практичного застосування відкритих даних як інструменту народовладдя.

Відкриті дані можуть слугувати першочерговим інструментом для створення інформаційного суспільства. Отримуючи першочергову інформацію про важливі аспекти життя суспільства, громадяни та компанії можуть приймати рішення на достовірній інформації з першоджерел. Головним результатом використання відкритих даних є прозорість процесів у суспільстві.

Одночасно лише за умови, що суспільство прагне бути відкритим, таке використання буде ефективним, оскільки поширення та використання відкритих даних неможливе виключно в директивному порядку. Керівні державні органи повинні сприяти використанню відкритих даних і забезпечити це шляхом прийняття відповідної законодавчої бази, створенням інфраструктури різного рівня та захищеності, наявністю публічних онлайн- та офлайн-сервісів, що надають доступ до таких даних. Основна ж мета такої відкритості влади – зміцнення довіри громадянського суспільства до органів публічної влади як необхідна передумова побудови сервісно-орієнтованої державної політики.

Ідея доступності даних вперше виникла у науковому середовищі як ідея загального ресурсу знань, коли засновником соціології науки Р. К. Мертоном у 1942 р. була висловлена думка, що результати досліджень повинні бути доступні всім, а права інтелектуальної власності на наукові досягнення тільки гальмують розвиток науки.

Розвиток глобалізації знань та інформаційних технологій стали базою, на якій ця ідея почала плідно реалізовуватися.

Так, з 1 липня 1957 р. по 31 січня 1958 р. проводилися глобальні геофізичні спостереження та дослідження за єдиною методикою, у яких брали участь Радянський Союз, США, Японія, пізніше до досліджень приєдналися деякі європейські країни. Ця подія отримала умовну назву міжнародний геофізичний рік (далі – МГР). Для зберігання даних, отриманих у результаті заходів МГР, Міжнародною радою науки був створений Світовий центр даних¹.

www.pravoua.com.ua

¹ 'ICSU World Data System' <<https://www.icsu-wds.org>> (accessed: 05.10.2019).

Сам термін “відкриті дані” (“*open data*”) вперше з’являється у 1995 р. в американському науковому середовищі у вигляді заклику вільно обмінюватися даними. У жовтні 2006 р. у Вашингтоні відбулася конференція організації Наукових громад (*Science Commons*), де було приділено увагу такому явищу, як “трагедія громад”, характерне для певних сфер наукових досліджень, коли витрати на ліцензування наукового продукту настільки високі, що розробки стають неефективними. Разом із “*open data*” часто використовується термін “*big data*” (“великі дані”, база даних) для позначення різних типів баз даних, зокрема й суспільно значущих комп’ютерних даних, які можуть зберігатися у загальному доступі й безперешкодно використовуватися широкою аудиторією.

У подальшому науковий світ сформулював власні принципи відкритих даних. Так, з 2009 р. почали діяти так звані Пантонські принципи (*Panton Principles*²), які отримали назву за місцем їхньої розробки та передбачають набір рекомендацій із використання відкритих даних у науковому середовищі. Зокрема, Пантонські принципи передбачають, що наукові дані є надбанням суспільства та мають бути опубліковані з відповідною ліцензією таким чином, щоб надавати можливість їх повторного використання.

Поступово концепція відкритих даних набула більш широкого змісту, ніж ідея наукової спільноти щодо вільного обміну даних, зокрема, головною ідеєю концепції стало те, що деякі дані повинні бути вільно доступними для використання та публікації за власним бажанням, без обмежень авторських прав, патентів чи інших механізмів контролю.

Основоположні принципи, які дають змогу визначати та оцінювати концепцію і визначення “*open data*” у сучасному широкому значенні, були сформульовані у 2007 р. на зустрічі теоретиків та активістів інтернету в Сан-Франциско³. Одним із авторів цих принципів став Т. О’Рейллі як прихильник руху за вільне програмне забезпечення та програмне забезпечення з відкритим вихідним кодом. Ідея, яка була покладена в основу цих принципів, полягає в тому, що публічні дані – це загальна власність, якою можна ділитися і яку можна використовувати. Фактично це принципи ідеології програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом, інших “відкритих” рухів (відкритого уряду, відкритих освітніх ресурсів, відкритого доступу тощо): відкритість, участь і спільна праця.

² ‘Panton Principles, Principles for open data in science’ (Murray-Rust, Peter; Neylon, Cameron; Pollock, Rufus; Wilbanks, John, 19.02.2010) <<https://pantonprinciples.org>> (accessed: 04.10.2019).

³ ‘Open Government Data Principles’ (Sebastopol, California, 7-8.12.2017) <<https://public.resource.org/8-principles.html>> (accessed: 04.10.2019).

Олена Лоленко

У червні 2013 р. на зустрічі Великої Вісімки у Великій Британії британці запропонували підписати Хартію відкритих даних. У її проєкті було зазначено:

Накопичуючи величезні масиви даних, влада і бізнес не завжди діляться ними так, щоб їх можна було легко знайти, використовувати і зрозуміти. Це втрачені можливості. Ми підійшли до поворотного моменту, який провіщає нову еру. Люди зможуть використовувати відкриті дані, щоб генерувати ідеї і створювати сервіси, які будуть робити наш світ кращим⁴.

У 2015 р. у Мехіко на Всесвітньому саміті Партнерства “Відкритий Уряд” уряди 17 держав схвалили Міжнародну хартію відкритих даних, в якій було закріплено набори принципів та кращі практики для оприлюднення урядових відкритих даних. Хартія передбачає шість принципів для оприлюднення відкритих даних: 1) відкритість за замовчуванням; 2) оперативність і вичерпність; 3) доступність та готовність до використання; 4) порівнюваність та інтегруєбельність; 5) краще врядування та участь громадськості; 6) інклюзивний розвиток та інновації⁵. У 2016 р. Україна приєдналася до Міжнародної хартії відкритих даних і взяла на себе зобов’язання виконувати її принципи⁶.

Практичне втілення концепції відкритих даних через урядові ініціативи здійснюється з 2006 р. на таких порталах, як *Data.gov*, *Data.gov.uk* та *Data.gov.in*; створюються недержавні ресурси з питань відкритих даних.

Зокрема, на *Open Data Impact Map*⁷ міститься централізована інформація про практики використання відкритих даних по всьому світу, на ресурсі *Opendatabarometer*⁸ – інформація, яку уряди публікують і використовують для підзвітності, інновацій та соціального впливу.

Комерційні організації та компанії підтримали концепцію відкритих даних шляхом розміщення інформації про власні комерційні показники, статистичні дані, вплив їхніх послуг на суспільство. Загалом бізнес першим зрозумів економічну ефективність використання відкритих даних, що призводить до створення нових цифрових продуктів, нових робочих місць та зменшення державних витрат.

www.pravoua.com.ua

⁴ ‘G8. Open Data Charter and Technical Annex Published 18 June 2013’ <<https://www.gov.uk/government/publications/open-data-charter/g8-open-data-charter-and-technical-annex>> (accessed: 05.10.2019).

⁵ ‘Open Data: unleashing the potential’ <<https://www.gov.uk/government/publications/open-data-white-paper-unleashing-the-potential>> (accessed: 05.10.2019).

⁶ Деякі питання приєднання до Міжнародної хартії відкритих даних: розпорядження Кабінету Міністрів України від 22 вересня 2016 р. № 686-р <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/686-2016-%D1%80>> (дата звернення: 05.10.2019).

⁷ ‘The Open Data Impact Map’ <<https://opendataimpactmap.org>> (accessed: 05.10.2019).

⁸ ‘The Open Data Barometer’ <<https://opendatabarometer.org>> (accessed: 05.10.2019).

Міжнародними вимогами до відкритих даних є постійна доступність онлайн у цілодобовому режимі; відсутність паролів чи інших обмежень на рівні доступу; безкоштовність та анонімність надання й використання; можливість завантажувати у популярних форматах, що є універсальними (.doc, .pdf, .jpg, .jpeg); доступність прикладного програмного інтерфейсу (*application programming interface*; далі – API) для поширення та використання на сторонніх платформах; отримання виключно з офіційних ресурсів.

До головних джерел відкритих даних можна віднести державні органи (дані, які викладаються міністерствами, державними органами міст тощо, наприклад, *data.gov.ua*), комерційні підприємства (наприклад, *Uber Movement*), соціальні мережі (можуть дати інформацію про основні тенденції, загальні й альтернативні думки про події в Україні та світі).

Основними споживачами відкритих даних є розробники додатків і сервісів, що використовують відкриті дані як вихідний матеріал для своїх розробок, а також журналісти та інші зацікавлені особи, які можуть робити глибокі соціально-економічні, наукові дослідження на основі “сирих” даних, громадяни для оцінки та впливу на державні органи і створення громадських ініціатив, суспільно-корисних проєктів.

У контексті нашої статті приділимо увагу відкритим державним даним в Україні як інструменту народовладдя при проведенні оцінки та контролю за роботою влади й держави, що входить до моделі електронного уряду.

Використання відкритих даних в Україні базується на законах України “Про інформацію”, “Про доступ до публічної інформації”, Положенні про набори даних, які підлягають оприлюдненню у формі відкритих даних, затвердженому постановою від 21 жовтня 2015 р. № 835.

Більшість інформації та даних, якими оперують громадяни й державні інституції, в розумінні Закону України “Про інформацію”, є відкритими, загальнодоступними та безоплатними. Відповідно до Закону України “Про доступ до публічної інформації”:

Публічна інформація – це відображена та задокументована будь-якими засобами та на будь-яких носіях інформація, що була отримана або створена в процесі виконання суб'єктами владних повноважень своїх обов'язків, передбачених чинним законодавством, або яка знаходиться у володінні суб'єктів владних повноважень, інших розпорядників публічної інформації, визначених цим Законом⁹.

⁹ Про доступ до публічної інформації: Закон України від 13 січня 2011 р. № 2939-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.

Законодавство визначає обов'язкове оприлюднення певної інформації, строки оприлюднення – невідкладно, але не пізніше п'яти робочих днів з дня затвердження документа, в якому міститься інформація, що підлягає оприлюдненню, а проекти нормативно-правових актів, рішень органів місцевого самоврядування, розроблені відповідними розпорядниками, оприлюднюються ними не пізніш як за 20 робочих днів до дати їх розгляду з метою прийняття. Невідкладному оприлюдненню підлягає будь-яка інформація про факти, що загрожують життю, здоров'ю та (або) майну осіб, і про заходи, які застосовуються у зв'язку з цим.

У квітні 2015 р. Верховна Рада України ухвалила Закон України “Про внесення змін до деяких законів України щодо доступу до публічної інформації у формі відкритих даних”¹⁰, яким було здійснено першу спробу врегулювання понятійного апарату визначення “відкриті дані” на законодавчому рівні. Законом було доповнено Закон України “Про доступ до публічної інформації” ст. 101, відповідно до якої публічна інформація у формі відкритих даних – це публічна інформація у форматі, що дозволяє її автоматизоване оброблення електронними засобами, вільний та безоплатний доступ до неї, а також її подальше використання. На думку Л. Олексюк, у цьому разі суб'єкт законодавчої ініціативи прирівнює “публічну інформацію” й “відкриті дані” та зводить поняття до форми чи формату, але не дає визначення самих відкритих даних. При цьому поєднувати публічну інформацію у розумінні зазначеного Закону та відкриті дані не зовсім правильно: інформація публічна та інформація, що містить суспільний інтерес, не завжди є задокументованою чи не існує в електронному вигляді й саме тому не може надаватись у “формі відкритих даних”, або надання у такій формі може потребувати додаткових затрат (зокрема й бюджетних)¹¹.

Треба також звернути увагу на те, що сутність відкритих даних, порівняно з публічними, у тому, що такі відкриті дані повинні бути опубліковані у мережі Інтернет, ще до того як вони комусь знадобляться, це будь-яка інформація, яка може виявитися корисною. Особливістю відкритих даних, що відрізняє їх від просто публічної інформації, є їх відкритий формат – такий формат, що забезпечує автоматизований доступ до даних. Ця особливість істотно прискорює роботу з даними та на кілька порядків підвищує масштаб їхнього використання в усіх сферах життєдіяльності. Вважається, що обмеження доступу до відкритих даних йдуть проти суспільного блага, адже їхня місія полягає у підзвіт-

¹⁰ Про внесення змін до деяких законів України щодо доступу до публічної інформації у формі відкритих даних: Закон України від 9 квітня 2015 р. № 319-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/ru/319-19>> (дата звернення: 04.10.2019).

¹¹ Л. Олексюк, ‘Розвиток понятійно-категоріального апарату електронного доступу до публічної інформації та відкритих даних’ (2016) 2 Вісник НАДУ при Президентові України 39-40.

ності влади перед громадянами, виконанні запитів суспільства на доступ до економічної та соціальної інформації.

White Paper Open Data Unleashing Potential Великої Британії¹² надає таке визначення “відкритим даним” – дані, які відповідають певним критеріям: доступні (в ідеалі через мережу Інтернет) на рівні не більше, ніж вартість відтворення, без обмежень за ідентифікацією користувача або його прив’язки; в електронній, машинозчитувальній формі для забезпечення взаємодії з іншими даними; та безкоштовні без обмеження на використання або поширення без ліцензійних умов. У цьому визначенні відсутня прив’язка до публічної чи офіційної інформації органів державної влади, тобто відкриті дані – це будь-які дані, які можна отримати через електронний доступ і використовувати за власним бажанням безкоштовно та без додаткових умов.

Згідно з законодавством розпорядники інформації зобов’язані надавати публічну інформацію у формі відкритих даних на запит, оприлюднювати й регулярно оновлювати її на єдиному державному веб-порталі відкритих даних та на своїх вебсайтах. Перелік наборів даних, що підлягають оприлюдненню у формі відкритих даних, вимоги до формату й структури таких наборів, періодичність їхнього оновлення визначаються Кабінетом Міністрів України.

21 жовтня 2015 р. постановою Кабінету Міністрів України № 835 було затверджено Положення про набори даних, які підлягають оприлюдненню у формі відкритих даних, яким визначено вимоги до формату й структури наборів даних, а також затверджено перелік пріоритетних наборів даних, які підлягають оприлюдненню (понад 300 наборів). Нею чітко визначений перелік форматів для оприлюднення відкритих даних залежно від їхнього виду.

Також постановою передбачено, що державні реєстри, які постійно оновлюються, мають бути відкриті за допомогою API. Такі набори даних публікуються на Єдиному державному вебпорталі відкритих даних¹³.

Сьогодні на Єдиному державному вебпорталі відкритих даних *data.gov.ua* розміщено 33 тис. наборів даних від понад 2 тис. розпорядників інформації¹⁴. На основі опублікованих відкритих даних, для їх візуалізації громадськими організаціями, юридичними особами створюються відповідні вебресурси, які забезпечують простоту та доступність представлення користувачу специфічної інформації з масивів великих даних.

¹² Open Data: unleashing the potential (n 5).

¹³ ‘Єдиний державний веб-портал відкритих даних’ <<https://data.gov.ua>> (дата звернення: 05.10.2019).

¹⁴ ‘Проблемні питання у сфері забезпечення оприлюднення публічної інформації у формі відкритих даних: аналітична записка (USAID)’ <<https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2018/04/Analytical-note-on-Open-data-FINAL.pdf>> (дата звернення: 05.10.2019).

Відкриті дані, які підлягають оприлюдненню, є певним інструментом впливу народу на органи державної влади й органи місцевого самоврядування. Народовладдя передбачає широку й активну участь громадян в управлінні справами держави та суспільства і створення найсприятливіших умов для надання всієї повноти влади народу. Відповідно до ст. 5 Конституції України носієм суверенітету та єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Так, якщо проаналізувати інформацію, яка підлягає оприлюдненню державними органами та органами місцевого самоврядування у формі відкритих даних, то можна навести такий приклад застосування *open data*, як інструмент народовладдя.

На порталі Єдиного державного веб-порталу відкритих даних Національне агентство з питань запобігання корупції повинно публікувати набір відкритих даних “Єдиний державний реєстр декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування”¹⁵. Цей набір відповідно до законодавства в подальшому був використаний громадською організацією “Канцелярська сотня” для створення електронного ресурсу “Декларації”¹⁶. Ресурс дає змогу вести аналітику декларацій, бачити динаміку зростання чиновницьких статків. Такий інструмент дає можливість кожному громадянину не тільки мати інформацію про доходи, витрати, фінансові зобов’язання декларантів та їхніх родин, а й мати можливість звернутися до журналістів, контролюючих органів з питань недостовірного декларування особами, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування.

Окремої уваги заслуговують набори відкритих даних щодо використання публічних коштів та бюджетів. Відповідно до п. 5 ст. 6 Закону України “Про доступ до публічної інформації” інформація про використання бюджетних коштів не може бути обмеженою для доступу, а органи влади зобов’язані публікувати інформацію про використання ними коштів платників податків, як це передбачено у ст. 28 Бюджетного кодексу України. Законом України “Про відкритість використання публічних коштів” у ст. 1 надається таке визначення публічних коштів:

Публічні кошти – кошти державного бюджету, бюджету Автономної Республіки Крим та місцевих бюджетів, кредитні ресурси, надані під державні та місцеві гарантії, кошти Національного банку України, державних банків, державних цільових фондів, Пенсійного фонду Украї-

¹⁵ “Єдиний державний реєстр декларацій осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування” <<https://public.nazk.gov.ua>> (дата звернення: 05.10.2019).

¹⁶ “Декларації” <<https://declarations.com.ua>> (дата звернення: 05.10.2019).

ни, фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування, а також кошти суб'єктів господарювання державної і комунальної власності, отримані ними від їхньої господарської діяльності¹⁷.

Розпорядники та одержувачі публічних коштів зобов'язані оприлюднювати інформацію, передбачену цим Законом, на Єдиному вебпорталі використання публічних коштів, який є офіційним державним інформаційним ресурсом у мережі Інтернет¹⁸. Доступ до інформації, оприлюдненої на єдиному вебпорталі використання публічних коштів, є вільним і безоплатним. Вказана бюджетна інформація на Єдиному вебпорталі використання публічних коштів публікується в агрегованому вигляді, оскільки для виконання своїх завдань із планування та узгодження показників, вони оперують агрегованими даними, які є цінними для прийняття управлінських рішень, але мають незначну інформативність для пересічних громадян. Як результат, із формальної точки зору інформація публікується, але в форматі, який не дає змогу громадянам зрозуміти, що вони отримують у відповідь на сплату податків.

Крім того, відповідно до Положення про набори даних, які підлягають оприлюдненню у формі відкритих даних, зазначені дані про використання публічних коштів зобов'язані оприлюднюватися і на Єдиному державному вебпорталі відкритих даних. Органи місцевого самоврядування на Єдиному державному веб-порталі відкритих даних додатково зобов'язані оприлюднювати набори відкритих даних про громадський бюджет, бюджет участі тощо, зокрема й про проекти, результати голосування, реалізацію підтриманих проектів. З ініціативи Міністерства фінансів України на порталі почали публікуватися дані 9 603 місцевих бюджетів.

Для використання цих відкритих даних як інструменту народовладдя шляхом впливу громадськості на призначення використання цих коштів, контролю за їхнім використанням та обрання саме народом проектів, які необхідно фінансувати, зокрема на рівні місцевих бюджетів, створено проекти візуалізації відкритих даних про публічні кошти.

Серед них можна виокремити проект "Відкритий бюджет"¹⁹, який орієнтований на запровадження прозорості та підзвітності органів влади на місцях. З урахуванням наданих інструментів візуалізації використання публічних коштів і відомостей про бюджет місцевих громад, громадськість може впливати на місцеву владу на всіх стадіях бюджетного

¹⁷ Про відкритість використання публічних коштів: Закон України від 11 лютого 2015 р. № 183-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 16. Ст. 109.

¹⁸ 'Єдиний веб-портал використання публічних коштів' <<https://spending.gov.ua/new>> (дата звернення: 05.10.2019).

¹⁹ 'Портал Відкритий бюджет України' <<https://openbudget.in.ua>> (дата звернення: 05.10.2019).

Олена Лоленко

процесу. Зокрема, досліджувати затверджений бюджет за попередній рік і звіти про їхнє використання, обговорювати пріоритетність проблем, з якими стикається громада, брати участь у розгляді бюджетних запитів головних розпорядників бюджетних коштів, забезпечувати включення у проєкт бюджету пріоритетних для громади витрат.

Рішення, як надає ресурс *007.org.ua*²⁰, – це доступний для кожної людини інструмент контролю влади, який допоможе слідкувати за бюджетними витратами, виявляти факти зловживань, робити власні дослідження та аналітику щодо використання публічних коштів. За допомогою цього ресурсу можливо відстежувати обсяги витрат та аналізувати рух державних коштів між організаціями, аналізувати транзакції з публічними коштами за кількістю розпорядників, за обсягами платежів тощо; отримувати інформацію про платежі, договори, акти виконаних робіт, додаткові угоди, специфікації розпорядників та одержувачів бюджетних коштів, проведені тендери тощо. Внаслідок візуалізації опублікованих на державних порталах відкритих даних громадяни отримують можливість знати, на що витрачаються податки, та впливати на прийняття рішень розпорядниками коштів шляхом створення відповідного негативного соціального ефекту у разі неефективності використання публічних коштів.

Слід сказати, що сфера використання відкритих даних як інструменту впливу громадян на владу, для забезпечення підконтрольності та підзвітності влади, врахування суспільних інтересів при прийнятті управлінських рішень в Україні дуже стрімко розвивається.

Окреслені державною політикою процеси розбудови української цифрової держави неодмінно сприятимуть підвищенню ефективності державно-громадської взаємодії та впровадженню народовладдя у будь-якій сфері діяльності державних і суспільних інституцій. Водночас, як вказує О. Твердохліб, варто підходити до реалізації означених напрямів досить зважено, не лише формально публікуючи відповідні дані на порталах державних даних, а дійсно враховуючи реальні потреби й запити громадян, постійно працюючи над удосконаленням і розвитком, зокрема, шляхом створення зручних і затребуваних сервісів на базі відкритих даних²¹.

Набори відкритих даних Міністерства юстиції України, Державної судової адміністрації з інформацією Єдиних та Державних реєстрів, з візуалізацією на ресурсах *Opendatabot*, *YouControl* та інших ефективно використовуються громадянами, бізнесом. Відкриті дані про публічні

www.pravoua.com.ua

²⁰ '007. Пошуково-аналітична система' <<https://www.007.org.ua>> (дата звернення: 05.10.2019).

²¹ О. Твердохліб, 'Методологія та практика реалізації концепту відкритих даних в органах публічного управління України' [2017] 2(18) Публічне адміністрування: теорія та практика <http://nbuv.gov.ua/UJRN/Patp_2017_2_8> (дата звернення: 05.10.2019).

закупівлі в державній інформаційній системі *ProZorro* з використанням інструментів громадського контролю *DoZorro*²², *Clarity Project*²³ дає можливість ефективно моніторити та аналізувати інформацію з *ProZorro* під різними вимірами. Виявлення взаємозв'язків між учасниками торгів, індикаторів ризику та багато інших інструментів дослідження торгів дає змогу впливати на забезпечення прозорості закупівель державними органами.

Відкриття контрольними органами інформації про понад 143 400 перевірок бізнесу²⁴, запланованих на 2019 р., сприяє як прозорості діяльності держави, так і можливості громадськості контролювати результати перевірок та гарантувати усунення виявлених негативних моментів у діяльності господарюючих суб'єктів. Водночас в Україні здійснюється державна підтримка полегшення доступу до відкритих державних даних та реєстрів, зокрема, проводиться конкурс *Open Data Challenge*, у межах якого на основі відкритих даних розробляються інноваційні проекти, що мають суспільне значення та бізнес-потенціал²⁵.

Сьогодні Україна вже зробила впевнений перший крок до лідерських позицій у сфері відкритості публічної інформації та використання відкритих даних. Згідно з рейтингом *Global Open Data Index*²⁶ Україна у 2018 р. посіла 31 місце і покращила свій результат на 23 позиції порівняно з 2016 р. У рейтингу *Open Data Barometer*²⁷ Україна посіла 44 місце, піднявшись на 18 пунктів, обігнавши Італію, Грецію, Португалію, Хорватію, Болгарію та Польщу. Водночас відповідно до звіту цього рейтингу за вересень 2018 р. Україна посіла друге місце серед країн, що досягнули найбільшого прогресу за чотири роки за рівнем публікації та використання відкритих даних для підзвітності влади, розвитку інновацій і соціального впливу.

Відповідно до інформації Державного агентства з питань електронного урядування України відкриті дані мають потужний антикорупційний ефект, сприяють прозорості влади, позитивно впливають на розвиток економіки. У 2017 р. відкриті дані принесли в економіку України понад 700 млн доларів, або 0,67 % внутрішнього валового продукту (далі – ВВП). І при збереженні нинішніх темпів, за прогнозами, до 2025 р. ця цифра зросте вдвічі – до понад 1,4 млрд доларів, або 0,92 % ВВП²⁸.

²² 'Громадський контроль держзакупівель' <<https://dozorro.org>> (дата звернення: 05.10.2019).

²³ Clarity Project. База даних і система аналітики публічних закупівель ProZorro <<https://clarity-project.info/tenders>> (дата звернення: 05.10.2019).

²⁴ 'Інспекційний портал' <<https://inspections.gov.ua>> (дата звернення: 05.10.2019).

²⁵ 'Open Data Challenge повертається!' (Єдиний державний веб-портал відкритих даних, 30.01.2019) <<https://data.gov.ua/blog/open-data-challenge-povertaietsia>> (дата звернення: 05.10.2019).

²⁶ 'Global Open Data Index' <<https://index.okfn.org/place>> (accessed: 05.10.2019).

²⁷ The Open Data Barometer (n 8).

²⁸ 'Економічний потенціал відкритих даних для України' (квітень 2018 року) <<http://tapas.org.ua/components/vidkryti-dani>> (дата звернення: 05.10.2019).

Олена Лоленко

З вересня 2018 р. українські державні дані автоматично, як і дані країн Європейського Союзу, публікуються на *European Data Portal*²⁹. Портал містить понад 860 тис. наборів даних, що охоплюють 35 країн і 78 місцевих та національних порталів. Публікація наборів даних на *European Data Portal* свідчить про відкритість державних інституцій, що сприятиме підвищенню інвестиційної привабливості України.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 21 листопада 2018 р. № 900-р було затверджено План дій з реалізації принципів Міжнародної хартії відкритих даних³⁰. Це комплексний план дій Уряду з імплементації шести принципів міжнародної Хартії та розвитку відкритих даних в Україні. Зміст документів є результатом публічних консультацій та дискусій з представниками бізнесу, стартап-спільноти, громадського сектору та органів влади. Головною метою документу є впровадження та реалізація принципу “*Open by Default*” (“Відкриті за замовчуванням”).

Прийняття цього документа та реалізація закладених у ньому позицій сприятиме підвищенню ролі відкритих даних як інструменту народовладдя, оскільки саме надання вільного й паритетного доступу широким верствам населення з метою задоволення їхніх потреб і запитів до визначальних державних відкритих даних, з подальшою зручною візуалізацією тих чи інших наборів даних, сьогодні стає дієвим механізмом для контролю за владою та впливу народу на її діяльність, інструментом народовладдя, розвиток якого призведе до високого рівня відповідальності владних інституцій перед власними громадянами, зростання економічних показників та, як наслідок, побудови сервісно-орієнтованої держави.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Oleksiuk L, ‘Rozvytok poniattiino-katehorialnoho aparatu elektronnoho dostupu do publichnoi informatsii ta vidkrytykh danykh’ [‘Development of the Concept and Category Array of Electronic Access to Public Information and Open Data’] (2016) 2 Visnyk NADU pry Prezydentovi Ukrainy 39-40 (in Ukrainian).
2. Tverdokhlib O, ‘Metodolohiia ta praktyka realizatsii kontseptu vidkrytykh danykh v orhanakh publichnoho upravlinnia Ukrainy’ [‘Methodology and Practice of Implementation of the Open Data Concept at Public Administration Bodies in Ukraine’] [2017] 2(18) Publichne administruvannia: teoriia ta praktyka <http://nbuv.gov.ua/UJRN/Patp_2017_2_8> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).

²⁹ ‘European Data Portal’ <<https://www.europeandataportal.eu>> (accessed: 05.10.2019).

³⁰ Про затвердження плану дій з реалізації принципів Міжнародної хартії відкритих даних: розпорядження Кабінету Міністрів України від 21 листопада 2018 р. № 900 <<https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-zatverdzhennya-planu-dij-z-realizaciyi-principiv-mizhnarodnoyi-hartiyi-vidkritih-danih>> (дата звернення: 05.10.2019).

Websites

3. 'European Data Portal' <<https://www.europeandataportal.eu>> (accessed: 05.10.2019) (in English).
4. 'G8. Open Data Charter and Technical Annex Published 18 June 2013' <<https://www.gov.uk/government/publications/open-data-charter/g8-open-data-charter-and-technical-annex>> (accessed: 05.10.2019) (in English).
5. 'Global Open Data Index' <<https://index.okfn.org/place>> (accessed: 05.10.2019) (in English).
6. 'ICSU World Data System' <<https://www.icsu-wds.org>> (accessed: 05.10.2019) (in English).
7. 'Open Data: unleashing the potential' <<https://www.gov.uk/government/publications/open-data-white-paper-unleashing-the-potential>> (accessed: 05.10.2019) (in English).
8. 'Open Government Data Principles' (*Sebastopol, California, 7-8.12.2007*) <https://public.resource.org/8_principles.html> (accessed: 04.10.2019) (in English).
9. 'Panton Principles, Principles for open data in science' (*Murray-Rust, Peter; Neylon, Cameron; Pollock, Rufus; Wilbanks, John, 19.02.2010*) <<https://pantonprinciples.org>> (accessed: 04.10.2019) (in English).
10. 'The Open Data Barometer' <<https://opendatabarometer.org>> (accessed: 05.10.2019) (in English).
11. 'The Open Data Impact Map' <<https://opendataimpactmap.org>> (accessed: 05.10.2019) (in English).
12. 'Open Data Challenge povertaietsia!' ['Open Data Challenge is Back'] (*Iedyni derzhavnyi veb-portal vidkrytykh danykh*, 30.01.2019) <<https://data.gov.ua/blog/open-data-challenge-povertaietsia>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
13. 'Ekonomichniy potentsial vidkrytykh danykh dlia Ukrainy' ['Economic Potential of Open Data for Ukraine'] (kviten 2018 roku) <<http://tapas.org.ua/components/vidkrytidani>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
14. '007. Poshukovo-analitychna systema' ['007. Search and Analytical System'] <<https://www.007.org.ua>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
15. 'Clarity Project. Baza danykh i systema analityky publichnykh zakupivel ProZorro' ['Clarity Project. ProZorro's Public Procurement Database and Analytics System'] <<https://clarity-project.info/tenders>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
16. 'Hromadskyi kontrol derzhzakupivel' ['Public Control of Public Procurement'] <<https://dozorro.org>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
17. 'Deklaratsii' ['Declarations'] <<https://declarations.com.ua>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
18. 'Yedyni veb-portal vykorystannia publichnykh koshtiv' ['Unified Web Portal of Public Funds Use'] <<https://spending.gov.ua/new>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
19. 'Yedyni derzhavnyi veb-portal vidkrytykh danykh' ['Unified State Open Data Web Portal'] <<https://data.gov.ua>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
20. 'Yedyni derzhavnyi reiestr deklaratsii osib, upovnovazhenykh na vykonannia funktsii derzhavy abo mistsevoho samovriaduvannia' ['Unified State Register of Declarations of Persons Authorized to Perform the Functions of the State or Local Self-Government'] <<https://public.nazk.gov.ua>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
21. 'Inspektsiyni portal' ['Inspection Portal'] <<https://inspections.gov.ua>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).
22. 'Portal Vidkryty biudzheth' ['The Open Budget Portal'] <<https://openbudget.in.ua>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).

Олена Лоленко

23. 'Problemni pytannia u sferi zabezpechennia opryliudnennia publichnoi informatsii u formi vidrytykh danykh: Analitychna zapyska (USAID)' ['Problematic Issues Related to Ensuring of Public Information Disclosure in the Form of Open Data: Analytical Note (USAID)'] <<https://rpr.org.ua/wp-content/uploads/2018/04/Analytical-note-on-Open-data-FINAL.pdf>> (accessed: 05.10.2019) (in Ukrainian).

Olena Lolenko

OPEN DATA AS AN INSTRUMENT OF DEMOCRACY

ABSTRACT. One of essential conditions for sustainable democratic development is to build a service-oriented State with transparent power, and such transparency of power is achieved, in particular, by using the instruments of citizens' participation in the decision-making by public administration authorities and by exercising public control over their activities.

The purpose of the article is to study the impact of open data about activities of public authorities and local self-government bodies on the exercise of citizens' right to influence public policy, and also to explore the practical application of open data as an instrument of democracy.

The article highlights the historical background for development of the concept of data accessibility in the scientific environment followed by implementation of the ideas and accepted principles of open data as governmental initiatives. As demonstrated by the global practices, development of open data contributes to responsibility of public administration authorities to citizens and is conducive to innovations, as well as to a growth of social influence on power decisions made by the State's institutions.

The author analyzes whether open data can be used in Ukraine as an instrument of democracy in assessing and monitoring the operation of the Government and the State, being included in the e-government model, on the example of individual sets of open data which are published and processed using service software.

As a conclusion, it can be noted that publishable open data is a peculiar instrument via which the people can influence public authorities and local self-government bodies, and also an efficient mechanism of control over the Government; its development will lead to a high level of responsibility of governmental institutions to their citizens, entail a growth of economic indicators and, consequently, establishment of a service-oriented State.

KEYWORDS: open data; open data sets; electronic government; service-oriented State; open data service software; control over Government; instrument of democracy.

Вибрана бібліографія з актуальної теми
“ДОКТРИНА НАРОДОВЛАДДЯ:
ціннісна характеристика в умовах викликів сьогодення”

1. Arblaster A, *Democracy* (3rd ed, Open University Press 2002).
2. Ball T and Dagger R, *Political Ideologies and the Democratic Ideal* (4th ed, Longman 2002).
3. Barber B, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age* (University of California Press 1984).
4. Benhabib S (ed), *Democracy and Difference, Contesting the Boundaries of the Political* (Princeton University Press 1996).
5. Carter A and Stokes G (ed), *Democratic Theory Today: Challenges for the 21st Century* (Polity Press 2002).
6. Dagger R, *Civic Virtues: Rights, Citizenship, and Republican Liberalism* (Oxford University Press 1997).
7. Diamond L and Plattner M (ed), *The Global Resurgence of Democracy* (Johns Hopkins University Press 1996).
8. Diamond L, *Developing Democracy. Toward Consolidation* (The Johns Hopkins University Press 1999).
9. Gutmann A and Thompson D, *Why Deliberative Democracy?* (Princeton University Press 2004).
10. Gutmann A, *Identity in Democracy* (Princeton University Press 2003).
11. Held D, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance* (Stanford University Press 1995).
12. Huntington S, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (University of Oklahoma Press 1991).
13. Lijphart A, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (Yale University Press 1999).
14. Linz J and Stepan A, *Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe* (The Johns Hopkins University Press 1996).
15. Mill J, *Political Writings* (Ball Terence ed, Cambridge University Press 1992).
16. Pettit P, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government* (Oxford University Press 1999).
17. Przeworski A, *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America* (Cambridge University Press 1992).
18. Sartori G, *The Theory of Democracy Revisited* (Chatham House Publishers Inc. 1987).
19. Terchek R and Conte T (ed), *Theories of Democracy: A Reader* (Rowman & Littlefield 2000).
20. *The Political Writings of John Adams* (Carey George W ed, Regnery Publishing Inc. 2000).
21. Zimmerman J, *Participatory Democracy. Populism Revived* (Praeger 1986).

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 11 • 255



Іван Ліщина

заступник Міністра юстиції України –
Уповноважений у справах Європейського суду
з прав людини,
заслужений юрист України
(Київ, Україна)
ivan.lishchina@gmail.com

УДК 341.231.14

СКАСУВАННЯ ОСТАТОЧНИХ СУДОВИХ РІШЕНЬ ЯК ПОРУШЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ТА СУЧАСНИЙ СТАН ПРОБЛЕМИ В УКРАЇНСЬКОМУ СУДОЧИНСТВІ*

АНОТАЦІЯ. Право власності, яке закріплене в ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція), у разі визнання Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ) його порушення, призводить до призначення найбільш значних розмірів справедливої компенсації. При цьому така форма порушення цього права, як скасування остаточного судового рішення, є такою, що ЄСПЛ найчастіше встановлює у справах проти України.

Стаття вивчає історичні та теоретичні засади виникнення і розвитку практики ЄСПЛ щодо скасування остаточного судового рішення як порушення права власності, випадки таких порушень щодо України, а також можливості встановлення нових порушень такої категорії у межах існуючого стану судової системи. Робиться висновок про те, що в українській судовій системі все ще існують процедури, які можуть призвести до скасування остаточних судових рішень та, відповідно, до порушення права власності. Такими процедурами є поновлення строку на апеляційне або касаційне оскарження рішень та перегляд за нововиявленими обставинами. Обидві процедури не являють собою автоматичного порушення принципу правової визначеності. Утім, зловживання ними, зокрема безпідставне поновлення

* Стаття є продовженням дослідження автором захисту права власності в практиці Європейського суду з прав людини, попередні результати якого вже були оприлюднені на сторінках нашого журналу. Зокрема, в № 7/2019 вийшла друком стаття І. Ліщина, присвячена темі “Скасування державою права власності: практика Європейського суду з прав людини”. На жаль, внаслідок допущеної редакцією технічної помилки вказана стаття була опублікована під іншою назвою (“Порушення права власності шляхом скасування остаточних судових рішень: практика Європейського суду з прав людини та сучасний стан проблеми в українській судовій системі”) та з іншою анотацією. Приносимо свої вибачення автору та читачам журналу.

строку на апеляційний перегляд рішення, задоволення заяви про перегляд справи за нововиявленими обставинами, яке є, по суті, “прихованою апеляцією”, або розгляд справи після поновлення, який виходить за межі встановлених нововиявлених обставин, може призвести до порушення права власності.

Також зазначається, що національні суди мають бути надобережні при задоволенні заяв про поновлення строку на апеляційне/касаційне оскарження і при розгляді заяв про поновлення справ за нововиявленими обставинами та при розгляді справ після такого поновлення, для того, щоб їхні рішення не призвели до значних витрат із державного бюджету за рішеннями ЄСПЛ щодо порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції та скасування остаточних судових рішень на користь заявників.

Ключові слова: право власності; поняття “майно” в розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; скасування остаточного судового рішення; “прихована апеляція”.

Одним із наймасовіших видів порушення права власності, який трапляється у рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), ухвалених проти України, є порушення, пов’язані зі скасуванням остаточних судових рішень, якими заявникам присуджено те чи інше майно або майновий інтерес.

Нижче ми прослідкуємо розвиток практики ЄСПЛ, який призвів до формування такого підходу, головні види порушень, притаманних українській правовій системі в цій сфері, та спробуємо сформулювати поради, яким чином українські суди могли б уникнути подальших порушень Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

Коротко нагадаємо, що ст. 1 Першого протоколу до Конвенції передбачає (у частині, що стосується цієї статті):

Кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права¹.

Ця стаття почала активно застосовуватися ЄСПЛ, починаючи з 80-х років ХХ ст., – перше рішення, в якому він встановив порушення цієї статті (у справі *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*²) було прийнято в 1982 р.

¹ Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20 березня 1952 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535> (дата звернення: 05.10.2019).

² *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*. Judgment of 23 September 1982, Series A no. 52.

Формування практики. Stran Greek Refineries

У 1994 р., через 12 років після ухвалення першого рішення щодо порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, ЄСПЛ ухвалює рішення, в якому вперше встановлює порушення права власності у зв'язку зі скасуванням остаточного судового рішення. Справа *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece* стосувалася наслідків правління у Греції військової хунти “Чорних полковників”³. Відповідно до контракту, який перший заявник (компанія, яка на 100 % належала другому заявникові) уклала в 1972 р. із тодішнім Урядом Греції, перший заявник мав побудувати біля Афін нафтопереробний завод. Проект не було реалізовано в зв'язку з порушенням Урядом своїх зобов'язань за договором, але перед цим перший заявник поніс значні витрати на підготовку до будівництва. Після поновлення демократичного правління новий Уряд визнав договір із заявником недійсним як шкідливий для національної економіки.

Перший заявник звернувся з арбітражним позовом до Уряду Греції, вимагаючи компенсації різноманітних витрат, які він поніс у період дієвості контракту. Арбітражний суд частково задовольнив позов першого заявника та стягнув із Уряду на його користь 116 273 442 грецьких драхм, 16 054 165 доларів США та 614 627 французьких франків. Уряд оскаржив це рішення в судах Греції на тій підставі, що визнання контракту недійсним мало ефект недійсності й арбітражного застереження, яке в ньому містилося. Суди першої та апеляційної інстанцій стали на бік заявника, зазначаючи, що арбітражна угода відокремлюється від основного контракту, недійсність якого не призводить до автоматичної недійсності застереження. Перед розглядом справи в касаційному суді парламент Греції ухвалив Закон № 1701/1987, відповідно до якого арбітражний суд за контрактом не мав юрисдикції у справі, а рішення арбітражу визнавалося недійсним і невиконуваним. Із посиланням на цей закон Касаційний суд прийняв рішення на користь Уряду.

До ЄСПЛ заявники звернулися із заявою про порушення, між іншим, ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у зв'язку з тим, що Закон № 1701/1987 фактично позбавив їх майнових прав щодо боргу Уряду, встановленого арбітражним рішенням. Уряд вважав, що рішення арбітражу не було достатнім чином визначене для того, щоб становити “майно” в розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Цікаво, що Уряд не оскаржив загальну застосовність терміна “майно” до прав вимоги.

³ *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, Series A no. 301-B.

Рішення ЄСПЛ у справі *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece* було першим у багатьох аспектах. У ньому вперше ЄСПЛ:

- визнав, що майно розповсюджується на право вимоги;
- встановив, що вимога може бути підтверджена остаточним судовим рішенням;
- задовольнив вимогу заявника про сплату справедливої сатисфакції на значну суму.

Зокрема, він зазначив, що арбітражне рішення прямо передбачало, що воно є обов'язковим і виконуваним. Грецьке законодавство передбачало, що арбітражні рішення виконуються безпосередньо і не вимагають додаткового підтвердження. Можливість скасування арбітражних рішень передбачала їхнє оскарження з обмеженого кола підстав, яке виключало оскарження сутності ухваленого рішення. При цьому суди двох інстанцій встановили, що жодна з цих підстав, до прийняття Закону № 1701/1987, не могла застосовуватися до арбітражного рішення у цій справі. Таким чином, ЄСПЛ визнав, що арбітражне рішення було достатнім чином визначеним для встановлення “майна” у розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції.

На підставі зазначеного вище ЄСПЛ визнав порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у цій справі. Він не ставив під сумнів визнання контракту недійсним як такого, але вважав, що визнання недійсним арбітражної угоди, автономність якої визнає як право Греції, так і практика міжнародних арбітражів. ‘Зміна механізму [захисту прав] шляхом владної зміни такого застереження надає можливість одній зі сторін уникнути юрисдикції зі спору, стосовно якого спеціально було введено арбітраж’⁴. Втрутившись на стадії касаційного розгляду справи шляхом визнання недійсними арбітражної угоди і рішення, прийнятого на її підставі, парламент порушив, на шкоду заявників, баланс, який має існувати між інтересами держави та правами заявників. ЄСПЛ також зобов'язав Уряд Греції сплатити заявникам справедливу сатисфакцію у розмірі, встановленому в арбітражному рішенні.

Рішення у справі *Stran Greek Refineries* дало початок двом гілкам практики ЄСПЛ щодо порушення права власності, а саме: 1) щодо скасування остаточного судового рішення та 2) щодо невиконання остаточного судового рішення. Обидва види порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції мають неабияке значення для сучасного українського права та правозастосовної практики. У цій статті ми зосередимося на справах першого виду.

⁴ *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, Series A no. 301-B.

*Застосування практики до пострадянських країн.
Brumărescu та його наступники*

За винятком достатньо екзотичної справи *Pressos Compania Naviera*⁵ (яка стосувалася порядку компенсації компаніям, постраждалим внаслідок лоцманської помилки, який був встановлений судовою практикою, але згодом змінений прийняттям спеціального закону) свого дійсного значення практика щодо порушення права власності шляхом скасування остаточного судового рішення набула після приєднання до Конвенції пострадянських країн.

У першій справі щодо скасування остаточного судового рішення в пострадянській країні, *Brumărescu v. Romania*⁶, Велика Палата ЄСПЛ розглянула ситуацію, яка стосувалася скасування незаконної націоналізації нерухомості заявника за часів комуністичного режиму. Заявник оскаржив до суду націоналізацію будинку, який належав його батькам і який було націоналізовано в 1950 р. 9 грудня 1993 р. суд задовольнив позов заявника. Рішення не було оскаржено в апеляції та стало остаточним. У березні 1994 р. будинок було передано заявникові і з квітня цього року заявник почав сплачувати податок на нерухомість. Генеральний прокурор оскаржив рішення суду на користь заявника в порядку нагляду і 1 березня 1995 р. Верховний суд скасував рішення 1993 р. та відмовив заявнику в позові.

Заявник скаржився за ст. 6 Конвенції (право на справедливий суд), що скасування остаточного судового рішення порушує право на юридичну визначеність та доступ до правосуддя, та за ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, що рішенням від 1995 р. Верховний суд відібрав його майно, яке належало йому на праві власності за наслідками остаточного рішення 1993 р. У кінцевому підсумку ЄСПЛ задовольнив обидві скарги заявника та визнав порушення ст. 6 Конвенції і ст. 1 Першого протоколу до неї у цій справі.

Щодо ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, то ЄСПЛ у справі *Brumărescu* підійшов до питання втручання в право власності скасуванням остаточного судового рішення більш серйозно, ніж у справі *Stren*. Зокрема, він розглянув питання форми втручання. Стаття 1 Першого протоколу до Конвенції передбачає три форми втручання (або “три права”) в право на мирне володіння майном: позбавлення майна (друге речення першого абзацу), контроль за ним (другий абзац) та загальне втручання, яке не підпадає під дві зазначені категорії (перше речення

⁵ *Pressos Compania Naviera S. A. and Others v. Belgium* (judgment of 20 November 1995, Series A no. 332, p. 21).

⁶ *Brumărescu v. Romania*, [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII.

першого абзацу)⁷. Уряд вважав, що втручання у цій справі не є ані позбавленням майна, ані контролем, тому має застосовуватися загальна заборона втручання.

ЄСПЛ не погодився з Урядом, у § 76 рішення зазначивши:

<...> при визначенні того, чи відбулося позбавлення майна в розумінні другого “правила”, важливо не тільки розглянути, чи відбулося формальне відібрання або експропріація майна, а й поглянути на видимість і розслідувати реальність оскаржуваної ситуації. Зважаючи на те, що Конвенція має гарантувати права, які є “практичними та ефективними”, необхідно встановити, чи не досягає ситуація *defacto* експропріації⁸.

Розглянувши обставини справи, ЄСПЛ у § 78 рішення дійшов висновку:

<...> наслідком рішення Верховного суду було те, що заявник був позбавлений права власності на будинок, який він отримав на підставі остаточного рішення на його користь. Зокрема, він більше не міг продати, заповісти, подарувати або іншим чином розпорядитися майном. За таких обставин Суд встановлює, що наслідком рішення Верховного суду було позбавлення заявника його майна в розумінні другого речення першого абзацу [ст. 1 Першого протоколу]⁹.

У разі втручання у мирне володіння майном у формі його позбавлення, держава для виконання вимог ст. 1 Першого протоколу до Конвенції має продемонструвати, що таке втручання було здійснено відповідно до закону, в публічних інтересах та, за дуже нечисленними винятками, супроводжувалося сплатою відповідної компенсації, яка відображала б його дійсну вартість. У цій справі ЄСПЛ встановив, що Верховний суд, скасовуючи остаточне рішення на користь заявника, тобто позбавляючи його майна, не навів жодних публічних інтересів, які мав би на меті такий захід. Також заявник не отримав будь-якої компенсації за втрачене майно. Тому ЄСПЛ дійшов висновку про порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у цій справі.

У розвиток практики *Brumărescu* ЄСПЛ у 2004–2005 рр. ухвалив низку рішень щодо так званого інституту нагляду – необмежена часом процесуальна можливість переглянути остаточні рішення у справі за заявою прокурора або керівника суду відповідного рівня – у різних пострадян-

⁷ Більш докладно див.: І Ліціна, ‘Регулювання права власності у Європейській конвенції: походження та сучасний стан’ (2010) 9 Приватне право і підприємництво 150-4.

⁸ *Brumărescu v. Romania*, [GC], no. 28342/95, ECHR 1999-VII.

⁹ *Ibid.*

Іван Ліщина

ських країнах. ЄСПЛ встановив порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у зв'язку зі скасуванням у порядку нагляду рішень судів щодо перерахунку пенсій (*Androsov v. Russia*¹⁰) і цивільно-правових спорів, зокрема щодо перерахунку депозитів в “Ощадбанку” (*Tregubenko v. Ukraine*¹¹) та викупу банком своїх акцій в акціонера (*Roşca v. Moldova*¹²). При цьому скасування остаточного судового рішення, яким заявнику був присуджений той чи інший майновий інтерес, шляхом застосування процедури нагляду, ЄСПЛ вважав настільки самоочевидним, що обґрунтування порушення займало один абзац у *Tregubenko* та *Roşca*, сутність яких зводилася до підтвердження застосовності практики *Streni Brumărescu* у відповідній справі.

Зважаючи на позицію ЄСПЛ у справі *Brumărescu* щодо порушення принципу юридичної визначеності та позбавлення майна шляхом скасування остаточних рішень, Україна в 2001 р.¹³, Румунія¹⁴ і Молдова¹⁵ в 2003 р. скасували процедуру судового нагляду. У Росії процедура нагляду в 2003 та 2008 рр. була реформована, зокрема, право ініціювати перегляд залишилося тільки у сторін, строки такого ініціювання були обмежені. У 2012 р. нагляд президіями обласних судів та цивільною палатою Верховного суду був перетворений на касацію, а нагляд залишився тільки за Президією Верховного суду¹⁶.

Таким чином, сьогодні можна вважати, що питання “наглядового” провадження як генератора порушень ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у країнах Ради Європи вирішено.

Сучасний стан проблеми в українській судовій системі

Подолання проблеми “нагляду”, однак, не означає, що можливість порушень права власності шляхом скасування остаточних рішень українськими судами нині неможлива. Існує щонайменше два види таких порушень, які встановлені в практиці ЄСПЛ: безпідставне поновлення пропущених строків на оскарження та перегляд справи за нововиявленими обставинами.

¹⁰ *Androsov v. Russia*, no. 63973/00, 6 October 2005.

¹¹ *Tregubenko v. Ukraine*, no. 61333/00, 2 November 2004.

¹² *Roşca v. Moldova*, no. 6267/02, 22 March 2005.

¹³ Див. Резолюцію Комітету Міністрів Ради Європи CM/ResDH(2011)313, прийняту на 1128 засіданні в грудні 2011 р. про виконання рішень ЄСПЛ в 8-ми справах проти України стосовно скасування остаточних рішень шляхом процедури наглядового перегляду.

¹⁴ Див. Резолюцію Комітету Міністрів Ради Європи CM/ResDH(2007)90 прийняту на 997 засіданні 20 червня 2007 р. про виконання рішень ЄСПЛ *Brumărescu* (Велика Палата рішення від 28 жовтня 1999 р.) та 30 інших справах проти Румунії які стали остаточними в період між 9 липня 2002 р. та 3 травня 2005 р.

¹⁵ Див. Резолюцію Комітету Міністрів Ради Європи CM/ResDH(2007)56 прийняту на 992 засіданні 20 квітня 2007 р. про виконання рішення ЄСПЛ *Roşca* проти Молдови.

¹⁶ Див. Резолюцію Комітету Міністрів Ради Європи CM/ResDH(2017)83 прийняту на 1280 засіданні 10 березня 2017 р. про виконання рішень ЄСПЛ в групі *Ryabykh* (113 справ) проти Російської Федерації.

Поновлення строку на апеляційне оскарження

Щодо поновлення строку на оскарження, то у справі *Ponomaryov v. Ukraine*¹⁷ ЄСПЛ розглянув ситуацію, яка виникла у спорі між заявником – колишнім працівником державного підприємства та його роботодавцем. Суди в трудовому спорі прийняли бік заявника та присудили йому понад 43 тис. грн заборгованості із заробітної плати. Компанія оскаржила це рішення в апеляційному суді через 2 роки після спливу строку на оскарження. Цей строк їй було поновлено в зв'язку з тим, що вона у відповідний період не мала вільних коштів для сплати судових зборів. Апеляційний суд зменшив суму заборгованості заявника до 3 грн. Це рішення, по суті, залишилося в силі.

ЄСПЛ у § 41 рішення зазначив:

<...> якщо строк на ординарне апеляційне оскарження поновлений зі спливом значного періоду часу та за підстав, які не видаються переконливими, як у цій справі, <...> таке рішення може порушити принцип юридичної визначеності, так само як і перегляд у виключному порядку. <...> Від судів [у разі поновлення строку на оскарження] вимагається вказувати підстави <...>. У кожній справі національні суди мають перевіряти, чи підстави для поновлення строків для оскарження виправдовують втручання у принцип *res judicata*, особливо як у цій справі, коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів ні у часі, ні в підставах для поновлення строків¹⁸.

Щодо безпосередньо ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, то ЄСПЛ був традиційно стриманий в обґрунтуванні порушень, обмежившись тільки двома короткими абзацами та посиланням на рішення у справі *Brumărescu*. Єдине, що в цій справі привертає увагу й викликає деякий подив – це послання на “законні очікування” в описі “майна”, якого заявник був позбавлений. У § 43 рішення ЄСПЛ зазначає:

Існування заборгованості, підтверджене обов'язковим та такими, що підлягають виконанню, судовими рішеннями, надає особі, на чю користь воно було ухвалено, “законні очікування” на те, що заборгованість буде йому сплачено та така заборгованість становить “майно” цієї особи в розумінні [ст. 1 Першого протоколу]¹⁹.

При цьому § 74 рішення у справі *Brumărescu*, на який посилається ЄСПЛ у *Ponomaryov*, не містить фрази “законні очікування”. Таке посилання міститься у § 73, в якому описується позиція Комісії. Сам ЄСПЛ

¹⁷ *Ponomaryov v. Ukraine*, no. 3236/03, 3 April 2008.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

Іван Ліщина

у *Brumărescu* (як, до речі, й *Stran*), не називає вимогу, підтверджену остаточним судовим рішенням, “законним очікуванням”²⁰. Річ у тому, що “законні очікування” як характеристика “майна” мають дуже конкретне значення: ‘Якщо публічний орган створив в людині розуміння, що вона отримає майнову вигоду, вона може мати матеріальне законне очікування, яке іноді може бути захищено’²¹. Отже, концепція “законного очікування” як характеристика майнового інтересу, існування якого виправдовує застосування ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, набагато слабкіша за концепцію “вимоги, підтвердженої судовим рішенням”.

Проте, як би там не було, ЄСПЛ визнав порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у справі, в якій скасування остаточного судового рішення відбулося у формі безпідставного поновлення строку на апеляційне оскарження.

Перегляд за нововиявленими обставинами як форма “прихованої апеляції”

Другий вид порушень і, з точки зору скарг на порушення права власності, більш численний – це поновлення провадження за нововиявленими обставинами. Цей вид втручання у право власності з’явився у практиці ЄСПЛ практично одночасно зі справами щодо нагляду. У рішенні у справі *Pravednaya v. Russia*²² ЄСПЛ розглянув ситуацію, коли заявниця спорила з Пенсійним фондом щодо розрахунку її пенсії. Суди першої та другої інстанцій стали на бік заявниці й рішення на її користь набуло статусу остаточного. Але Пенсійний фонд звернувся із заявою про розгляд за нововиявленими обставинами, посилаючись на інструкцію Міністерства праці та соціального розвитку, яка врегульовувала відповідні правовідносини іншим чином, ніж прийняті судові рішення. Суд першої інстанції задовольнив цю заяву, скасував остаточне рішення на користь заявниці та, переглянувши справу, ухвалив рішення на користь Пенсійного фонду.

ЄСПЛ у § 27 та § 28 свого рішення зазначив:

Процедура скасування остаточного рішення передбачає, що існують істотні для справи обставини, які раніше не були відомі. Особа, яка подала клопотання про скасування, має довести, що не було можливості представити ці докази на остаточному слуханні і що вони є суттєвими. Такий порядок <...> є загальним для законодавчих систем багатьох дер-

²⁰ Окрім § 74 у рішенні *Brumărescu* “законні очікування” згадує суддя *Rozakis* у своїй особливій думці, але там ідеться про ст. 6 Конвенції, а не про майно в розумінні ст. 1 Першого протоколу до Конвенції.

²¹ J Cartwright, ‘Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006’ (2006) 10.3 Electronic Journal of Comparative Law <<https://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf>> (accessed: 05.10.2019).

²² *Pravednaya v. Russia*, no. 69529/01, 18 November 2004.

жав-членів. Цей порядок не суперечить принципу правової визначеності, коли застосовується для усунення судових помилок²³.

Водночас у § 31 та § 32 цієї справи він зазначив:

<...> заява [Пенсійного фонду] про перегляд справи за нововиявленими обставинами, по суті, було спробою знову розглянути справу з підстав, які [Пенсійний фонд] міг заявити, але очевидно не зробив при подачі скарги. У зв'язку з цим Суд вважає цю заяву [Пенсійного фонду] “прихованою апеляцією”, а не щирим прагненням виправити судову помилку²⁴.

При цьому відповідно до ст. 1 Першого протоколу до Конвенції ЄСПЛ зазначив, що скасування пенсії заявниці, встановленої в розмірі, який визначений в остаточному судовому рішенні, є “позбавленням майна” у розумінні другого речення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. А також визнав, що зацікавленість держави в забезпеченні однакового застосування закону про пенсії становить “публічний інтерес”, але такий інтерес не міг слугувати підставою для перерахунку пенсії, яка вже була раніше присуджена остаточним судовим рішенням. ЄСПЛ вважав, що “позбавляючи заявницю права на отримання пенсії в сумі, визначеній остаточним судовим рішенням, держава порушила справедливий баланс інтересів причетних сторін” (§ 39)²⁵.

До схожих висновків ЄСПЛ дійшов у справі *Agrokompleks v. Ukraine*²⁶. У ній заявник скаржився, зокрема, на порушення принципу правової визначеності в зв'язку з тим, що розмір його вимог до Лисичанського нафтопереробного заводу (далі – завод) (який на той час був державним підприємством) було визначено в остаточному рішенні Вищого арбітражного суду України (далі – ВАС України) від 3 липня 1998 р. Але в 2000 р. Контрольно-ревізійне управління за результатами перевірки дійшло висновку, що ціна цієї заборгованості завищена. 27 червня 2001 р., посилаючись на цей висновок як на нововиявлену обставину, ВАС України скасував своє попереднє рішення та, переглянувши справу, зменшив розмір боргу заводу перед заявником більше ніж у два рази.

ЄСПЛ, розглянувши ці обставини, встановив, що вони

свідчать, що органи несудової гілки влади поставили під сумнів ухвалу від 2 липня 1998 р., незважаючи на те, що вона набрала законної сили,

²³ *Pravednaya v. Russia* (n 22).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Agrokompleks v. Ukraine*, no. 23465/03, 6 October 2011.

Іван Ліщина

переглянули її як вважали за доцільне та оцінили викладені у ній висновки як помилкові та незаконні. До того ж потім на позасудовий перегляд розміру заборгованості було зроблено посилання як на нововиявлену обставину, на підставі якої суди переглянули розмір заборгованості [заводу] перед підприємством-заявником, чим поставили його у не вигідне становище. Отже, <...> перегляд остаточно вирішеного юридичного спору про розмір заборгованості у цій справі було здійснено лише на підставі того, що з ним не були згодні державні органи, яку було замасковано під нововиявлену обставину²⁷.

Це дало ЄСПЛ підстави зробити висновок про порушення принципу правової визначеності у цій справі.

Щодо порушення права власності, то рішення у справі *Agrokompleks* є другим і (наскільки автору відомо) останнім рішенням, в якому ЄСПЛ пов'язує майновий інтерес, встановлений остаточною рішенням суду, з "законним очікуванням". У § 166 ЄСПЛ посилається знову на § 74 рішення *Brumărescu* та на § 43 рішення у справі *Ponomaryov*. Цей екскурс у сферу "законних очікувань", утім, не завадив йому ухвалити обґрунтоване рішення (§ 167 та § 169) про те, що

розмір заборгованості [заводу] <...> перед підприємством-заявником була встановлено остаточною судовою ухвалою від 2 липня 1998 р. <...>. Відповідно, ця грошова сума становила майно заявника, а її подальше зменшення внаслідок перегляду справи за нововиявленими обставинами становило втручання в його право на мирне володіння цим майном <...>. Отже <...>, перегляд розміру заборгованості перед підприємством-заявником згідно з остаточною та обов'язковою для виконання ухвалою ВАС України від 2 липня 1998 р. поклав надмірний тягар на підприємство-заявника, а тому не відповідав положенням ст. 1 Першого протоколу²⁸.

Важливо зазначити, що сума справедливої сатисфакції у цій справі відповідала сумі заборгованості заводу, втраченій заявником за результатами перегляду справи за нововиявленими обставинами, а саме 27 млн євро²⁹. При чому з 2000 р. завод був вже приватизований та належав приватному інвестору, тобто фактично держава компенсувала борг приватної компанії перед заявником.

²⁷ *Agrokompleks v. Ukraine* (n 26).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

*Розгляд за результатами поновлення справи
на підставі нововиявлених обставин*

Також важливо, що навіть якщо суд поновив розгляд справи на підставі дійсно нововиявлених обставин, це не означає, що питання виконання вимог принципу правової визначності перед ним вже не стоїть.

Зокрема, у справі *Lizanets v. Ukraine*³⁰ ЄСПЛ розглянув таку ситуацію: заявник звернувся до суду з позовом до прокуратури про компенсацію йому шкоди, спричиненої незаконним притягненням до кримінальної відповідальності. 17 травня 2001 р. суд першої інстанції зобов'язав прокуратуру виплатити заявникові 80 тис. грн за заподіяну йому моральну та матеріальну шкоду. Це рішення набрало законної сили. 3 жовтня 2001 р. Конституційний Суд України (далі – КСУ) визнав неконституційною ст. 25 Закону України “Про Державний бюджет на 2001 рік” і вирішив, що відповідні суми компенсації за незаконне притягнення до кримінальної відповідальності мають бути сплачені не з бюджетів відповідних правоохоронних органів, а з Державного бюджету України Державним казначейством України. За заявою прокуратури, посиляючись на це рішення КСУ як на нововиявлену обставину, суд першої інстанції 24 січня 2002 р. поновив розгляд справи та, за його результатами, зменшив розмір компенсації до 10 тис. грн.

ЄСПЛ у цій справі не ставив під сумнів обґрунтованість поновлення розгляду справи за нововиявленими обставинами, зазначивши, що ‘оскільки першочерговою метою провадження у справі було визначення джерела виплати компенсації заявнику, це рішення саме собою не виглядало як “прихована апеляція”³¹. Водночас у § 33 рішення зауважив:

Національне законодавство не надавало жодних гарантій щодо можливого порушення принципу юридичної визначеності, надаючи відповідним судам необмежену можливість переглядати справи по суті, незважаючи на першочергову мету поновлення провадження у справі³².

У цій справі ЄСПЛ пішов значно далі, ніж підстава, за якою розгляд справи було поновлено, переглянув всю справу загалом, не взяв до уваги низку доказів, на яких ґрунтувалося перше рішення та значно зменшив присуджену заявнику компенсацію, чим порушив принцип правової визначеності.

У *Lizanets* ЄСПЛ не встановив порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у зв'язку з тим, що заявник не поскаржився на її порушення.

³⁰ *Lizanets v. Ukraine*, no. 6725/03, 31 May 2007.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

Іван Ліщина

Незважаючи на це, він призначив заявнику суму компенсації матеріальної шкоди у розмірі різниці між сумою, встановленою в скасованому остаточному рішенні, та сумою, призначеною в рішенні, прийнятому на заміну остаточному.

Необхідно зазначити, що нехтування принципом правової визначеності може призвести до негативних наслідків навіть поза ЄСПЛ, що демонструє саме ситуація, схожа на описану вище – коли скасовується остаточне рішення на підставах, які можна визнати нововиявленими, але новий перегляд значно виходить за межі розгляду впливу таких обставин на рішення у справі.

Корпорація “*Merchant International Company Ltd*” (далі – МІС) звернулася до господарського суду міста Києва з позовом про стягнення з національної акціонерної компанії “Нафтогаз України” (далі – Нафтогаз) 24 714 514,70 дол. Постановою Вищого господарського суду України (далі – ВГСУ) від 29 червня 2006 р., яка стала остаточною у справі № 14/142-14/615, позов було задоволено в частині стягнення з Нафтогаз близько 24,7 млн дол.³³. МІС розпочав процедуру визнання та виконання цього рішення в судах Англії проти активів Нафтогаз у Великій Британії. 28 лютого 2011 р. Високий суд ухвалив рішення про визнання та виконання рішення ВГСУ від 29 червня 2006 р.³⁴. Одночасно Нафтогаз звернувся до ВГСУ із заявою про перегляд постанови від 29 червня 2006 р. за нововиявленими обставинами, а саме: що з меморандуму від 11 лютого 2011 р. та витягу з реєстру корпорацій штату Делавер (США) Нафтогаз дізнався, що МІС не мав достатнього обсягу цивільної правосуб’єктності для укладання договору, на підставі якого було прийнято рішення про заборгованість Нафтогазу. Постановою від 7 квітня 2011 р. ВГСУ задовольнив цю заяву, скасував постанову від 29 червня 2006 р. та направив справу на новий розгляд³⁵.

Під час нового розгляду МІС прямо посилався на рішення ЄСПЛ у справі *Lizanets* та наполягав, що новий розгляд мав бути обмежений розглядом питання його правосуб’єктності на момент укладання договору. Господарські суд відкинули цей аргумент і зазначили, що практика ЄСПЛ не обмежує їх у перегляді справи в повному обсязі. Вони визнали, що МІС мав правосуб’єктність на момент укладання договору, але відмовили МІС по суті позову до Нафтогаз³⁶.

³³ Постанова Вищого господарського суду України від 7 квітня 2011 р., справа № 14/142-14/615.

³⁴ *Merchant International Company Ltd v Natsionalna Aktsionerna Kompaniia Naftogaz Ukrainy* [2012] EWCA Civ 196.

³⁵ Постанова Вищого господарського суду України від 7 квітня 2011 р., справа № 14/142-14/615.

³⁶ Див., рішення господарського суду міста Києва від 3 листопада 2011 р. у справі № 14/142-14/615-26/166, залишене без змін постановами Київського апеляційного господарського суду від 27 січня 2012 р. та ВГСУ від 24 липня 2012 р.

Однак іншого висновку дійшли англійські суди, до яких Нафтогаз звернувся із заявою про скасування рішення про визнання та виконання постанови від 29 червня 2006 р. У рішеннях від 14 липня 2011 р. Високий суд³⁷ та 8 лютого 2012 Апеляційний суд³⁸ відмовилися визнавати постанову ВСГУ від 7 квітня 2011 р. та подальші судові рішення у цій справі. Посилаючись безпосередньо на рішення ЄСПЛ у справах *Pravednaya*, *Agrokompleks* і *Lizanets* та вважаючи, що вони були прийняті з явним порушенням принципу правової визначеності та Конвенції, а отже, суперечили публічному порядку Англії. При цьому Апеляційний суд прямо вказав на майнову складову рішення (§ 78):

Англійське [судове] рішення є формою майна, яке може мати реальну вартість. Майнова природа рішення була визнана Страсбурзьким судом в *Agrokompleks*. Скасувати належним чином ухвалене рішення – це позбавити кредитора за рішенням його активу³⁹.

Висновки. Стаття 1 Першого протоколу до Конвенції передбачає, що остаточне судове рішення, яким позивачу присуджено майно або майновий інтерес, є формою “майна”, яке захищається. Скасування остаточного судового рішення, таким чином, є *de facto* експропріацією або позбавленням майна в розумінні другого речення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Таке позбавлення для виконання вимог Конвенції має бути законним, мати на меті публічний інтерес і дотримуватися справедливого балансу між інтересами суспільства та індивідуальними правами.

Радянська процедура судового нагляду, яка дозволяла перегляд остаточних рішень за заявою прокурора або судді відповідного рівня, без обмеження в часі або підстав такого перегляду, порушувала вимоги Конвенції.

Після скасування інституту “нагляду” залишилися процедури, які можуть призвести до скасування остаточних судових рішень та, відповідно, до порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Такими процедурами є поновлення строку на апеляційне або касаційне оскарження рішень і перегляд за нововиявленими обставинами. Обидві процедури, на відміну від “нагляду”, не являють собою автоматичного порушення принципу правової визначеності. Утім, зловживання ними, зокрема, безпідставне поновлення строку на апеляційний перегляд рішення, задоволення заяви про перегляд справи за нововиявленими обставинами, яке є, по суті, “прихованою апеляцією”, або розгляд справи після поновлення,

³⁷ *Merchant International Company Ltd v Natsionalna Aktsionerna Kompaniia Naftogaz Ukrainy* [2011] EWHC 1820 (Comm).

³⁸ *Merchant International Company Ltd v Natsionalna Aktsionerna Kompaniia Naftogaz Ukrainy* (n 34).

³⁹ *Ibid.*

Іван Ліщина

який виходить за межі встановлених нововиявлених обставин, може призвести до порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції. Наслідком такого порушення може бути як визнання порушення з боку ЄСПЛ, так і визнання та виконання іноземним судом рішення, яке в Україні було скасоване, якщо таке скасування відбуватиметься у спосіб, що порушує принцип правової визначеності.

Наслідком визнання порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції з боку ЄСПЛ у справах про скасування остаточних судових рішень є призначення справедливої сатисфакції у розмірі вартості майна або майнового інтересу, втраченого в результаті його скасування. Це може становити особливу небезпеку, оскільки держава буде змушена компенсувати заборгованість приватної особи перед заявником, як це відбувалося у справах *Roşca* та *Agrokompleks*.

Таким чином, суди мають бути надобережні при задоволенні заяв про поновлення строку на апеляційне/касаційне оскарження та при розгляді заяв про поновлення справ за нововиявленими обставинами та при розгляді справ після такого поновлення, для того, щоб їхні рішення не призвели до значних витрат із державного бюджету за рішеннями ЄСПЛ щодо порушення ст. 1 Першого протоколу до Конвенції та скасуванням остаточних судових рішень на користь заявників.

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Cartwright J, 'Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law, Report to the XVIIth International Congress of Comparative Law, July 2006' (2006) 10.3 Electronic Journal of Comparative Law <<https://www.ejcl.org/103/art103-6.pdf>> (accessed: 05.10.2019) (in English).
2. Lishchyna I, 'Rehulivannia prava vlasnosti u Yevropeiskii konventsii: pokhodzhennia ta suchasnyi stan' ['Ownership Regulation in the European Convention: the Origin and Current Situation'] (2010) 9 Pryvatne pravo i pidpriemnytstvo 150-4 (in Ukrainian).

Ivan Lishchyna

RESCISSION OF FINAL COURT JUDGMENTS
AS PROPERTY RIGHT VIOLATION IN THE CASE LAW
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
AND TODAY'S SITUATION REGARDING THIS ISSUE
IN THE UKRAINIAN COURT'S JURISPRUDENCE*

ABSTRACT. In cases where the European Court of Human Rights (ECHR) recognizes a violation of the right to property enshrined in article 1 of Protocol 1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, impressive amounts of just satisfaction are awarded. In this context, rescission of final court judgments is the form of this right violation which is most often established by the ECHR in cases against Ukraine.

The article examines the historical and theoretical background of the onset and development of the ECHR's case law involving final court judgment rescission as a violation of the right to property, cases of such violations against Ukraine, as well as the possibility to identify new violations coming under this category within the court system in its currently existing state. The author arrives at the conclusion that the Ukrainian court still comprises the procedures capable of leading to rescission of final court's jurisprudence judgments and, accordingly, to violation of the right to property. These procedures are reopening of the term for filing an appeal or a cassation appeal against judgments and case review upon discovery of new facts. Both procedures do not represent an automatic violation of the principle of legal certainty. Nevertheless, if they are abused, in particular, if the term for appellate review is reopened without proper grounds, or if an application for case review upon discovery of new facts is granted, actually being "a hidden appeal", or if a case is tried after reopening and goes beyond the newly discovered facts, this can entail a violation of the right to property.

The author also notes that national courts should be particularly cautious when granting applications for reopening of the period for appeal/cassation appeal and when considering applications for case reopening upon discovery of new facts, as well as when considering cases after such reopening, to make sure that decisions passed by them do not entail significant expenditure of the State's budget following the ECHR judgments recognizing a violation of article 1 of Protocol to the Convention by rescission of final court judgments in favor of applicants.

KEYWORDS: right to property; concept of "possessions" in the meaning of article 1 of Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; rescission of final court judgment; "hidden appeal".

* This article continues the author's research on the property right protection in the case law of the European Court of Human Rights, the preliminary results of which have already been published in our Journal. In particular, in Issue 7 for 2019 we published the article by I. Lishchyna focused on "Property Right Rescission by the State: Case Law of the European Court of Human Rights". Unfortunately, due to a technical error made by the editors, this article was published under another title ("Violation of the Right to Property by Rescission of Final Court Judgments: Case Law of the European Court of Human Rights and Today's Situation Regarding This Issue in the Ukrainian Court System") and with another abstract. We apologize for that to the author and the readers of the Journal.

ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА



Андріанна Бадида

кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри теорії та історії держави і права
Ужгородського національного університету
(Ужгород, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-5980-5132>
Andrianna.badyda@gmail.com

УДК 341.231.14:341.645

СОЦІАЛЬНІ ПРАВА У СИСТЕМІ
ФУНДАМЕНТАЛЬНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ

АНОТАЦІЯ. Актуальність теми дослідження полягає у декількох моментах: по-перше, права людини на початку XXI ст. розуміються по-новому: це не просто суб'єктивні права, йдеться про правові гарантії захисту людини від посягань з боку як органів влади, так і інших осіб; по-друге, переосмисленню підлягає теза, що соціальні права є “другорядними” на тлі так званих класичних (особистих і політичних) прав, оскільки потребують активної поведінки з боку держави та складності їх судового захисту.

Мета статті – дослідити специфіку соціальних прав людини через ознаки, що впливають зі змісту Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 р., та обґрунтувати їх важливість у системі прав людини. Вони повинні розумітися у контексті передовсім міжнародного права у цій сфері. Ба більше, Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях прямо зазначає, що поділ прав на особисті, політичні, соціальні чи економічні є умовним. Насправді права людини є єдиною системою.

Під час дослідження було зроблено висновки щодо сутності соціальних прав людини. Поширена позиція, за якою громадянські і політичні права потребують “негативних” зобов'язань держави, а соціально-економічні – “позитивних” вимагає корегування.

У сучасних умовах такий підхід переосмислюється у багатьох аспектах. По-перше, низка соціальних прав (наприклад, свобода праці, вибір професії, заборона примусової праці, право на професійні об'єднання тощо), по суті, є органічними сегментами таких фундаментальних цінностей, як свобода та рівність, які лежать в основі всієї системи прав людини. По-друге, соціальні права, як і інші блоки прав людини, потребують здійснення позитивних обов'язків держави, які ґрунтуються на ресурсах, доступних для держави. По-третє, лише кілька держав (наприклад,

Угорщина) на рівні конституційного принципу істотно обмежили можливість судового захисту соціальних прав.

Ключові слова: права людини; соціальні права; Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод; Європейський суд з прав людини; судова практика.

Переосмислення у теоретичному й практичному сенсі потребує категорія “соціальні права” (інша назва – економічні та соціальні права), які нерідко сприймаються “як другорядні” на тлі громадянських і політичних прав. Хоча подібні висновки є поширеними, тенденції конституційного регулювання і судової практики у низці розвинутих демократичних держав заперечують його. Дослідження аргументації підходу, за яким соціальні права є не менш значущими у системі прав людини, ніж інші групи прав, потребує вивчення відповідної юридичної практики в інших правопорядках, передусім судової практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) та найбільш авторитетних судових органів конституційної юрисдикції (Верховного Суду США, Федерального Конституційного Суду Німеччини). При цьому інтерес викликають питання взаємозв’язку різних груп прав людини, їхнього розуміння на підставі цілісної людської гідності, специфіки судового захисту.

Мета дослідження – вивчити специфіку соціальних прав людини й обґрунтувати те, що вони не є менш важливими у системі прав людини, аніж особисті чи політичні права. У цій площині варто звернутися до Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 р. (далі – Пакт)¹ і дослідити специфіку соціальних прав через ознаки, що впливають із цього міжнародного документа. Крім того, ЄСПЛ у своїх рішеннях прямо зазначає, що поділ прав на особисті, політичні, соціальні чи економічні є умовним. Насправді права людини є єдиною системою.

В Україні проблематика прав людини та, власне, соціальних прав є досить досліджуваною, зокрема, у працях В. Лемака², С. Верланова³ та низки інших учених.

Історично соціальні права (права другого покоління) сформувалися у самостійну систему соціальних претензій і були визнані державами як реакція на недостатність прав першого покоління. Права першого покоління опосередковують відносини формальної рівності й свободи всіх учасників соціальних відносин. По суті, вони виступають конкретиза-

¹ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р. <<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2148-08>> (дата звернення: 02.10.2019).

² В. Лемак, ‘Соціально-економічні права людини в контексті верховенства права: вітчизняний досвід закріплення та застосування’ (2010) 1 Вісник Академії правових наук України 40-8.

³ С. Верланов, *Економічні і соціальні права людини: європейські стандарти та їх впровадження в юридичну практику України (загальнотеоретичне дослідження)* (Край 2009) 196.

Андріанна Бадида

цією висхідної правової цінності й стану, властивого людині цивілізованого суспільства, – свободи. Значною мірою західна доктрина традиційно протиставляє соціальні права так званим класичним правам – особистим і політичним⁴.

Перш за все, необхідно звернути увагу на міжнародно-правовий аспект. Соціальні права повинні розумітися в контексті передовсім міжнародного права в цій сфері. Пакт, який ратифікували понад 160 держав світу (набув чинності 1976 р.), покладає на них відповідні обов'язки⁵.

Зі змісту Пакту випливає низка органічних ознак соціальних прав.

1. Підґрунтя соціальних прав, як і інших блоків прав людини, полягає у принципах, виголошених Статутом Організації Об'єднаних Націй та 'визнання гідності, властивої всім членам людської сім'ї, 'рівних і невід'ємних прав', які є 'основою свободи, справедливості і загального миру' (преамбула).

2. Право на самовизначення народів охоплює те, що 'вони вільно встановлюють свій політичний статус і вільно забезпечують свій економічний, соціальний і культурний розвиток' (ч. 1 ст. 1), а також 'для досягнення своїх цілей можуть вільно розпоряджатися своїми природними багатствами і ресурсами без шкоди для будь-яких зобов'язань, що випливають з міжнародного економічного співробітництва, ґрунтованого на принципі взаємної вигоди, та з міжнародного права' (ч. 2 ст. 1).

3. Держави взяли на себе зобов'язання вжити заходів для того, щоб забезпечити поступово повне здійснення визнаних у цьому Пакті прав усіма належними способами (ч. 1 ст. 2).

4. Обмеження щодо користування правами, які забезпечуються за цим Пактом, можуть бути встановлені державою, однак лише за певних умов і певними способами. Йдеться про 'тільки такі обмеження цих прав, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених прав, і виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві' (ст. 4). Відтак ідеться про *три критерії обмеження* в користуванні соціальними правами, які можуть бути встановлені державою: 1) вони визначаються законом; 2) вони встановлюються лише 'остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених прав'; 3) вони встановлюються виключно з єдиною метою – 'сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві'.

5. Соціальні права, визначені Пактом, є мінімальним стандартом у цій сфері для кожної держави, яка бере в ньому участь. Такий висновок випливає з ч. 2 ст. 5. Також важливо вказати на те, що соціальні права чіт-

www.pravo.ua.com.ua

⁴ Н Варламова, 'Введение к Форуму "Конституционный статус социально-экономических прав"' [2000] 1(30) Конституционное право: восточноевропейское обозрение 144-5.

⁵ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права (н 1).

ко окреслюються як “основні права” – визнані або існуючі в будь-якій країні на підставі закону, конвенцій, правил чи звичаїв.

6. Обсяг зобов’язань держав щодо соціальних прав, який встановлений частиною III Пакту, не є значним й охоплює: право на працю (ст. 6); право кожного на справедливі й сприятливі умови праці (ст. 7); право кожної людини створювати для здійснення і захисту своїх економічних та соціальних інтересів професійні спілки і вступати до них; право на страйки при умові його здійснення відповідно до законів кожної країни (ст. 8); право кожної людини на соціальне забезпечення, включаючи соціальне страхування (ст. 9); надання державою сім’ї, по можливості, ‘якнайширшої охорони і допомоги, особливо при її утворенні і поки на її відповідальності лежить турбота про несамотійних дітей та їх виховання’. При цьому ‘шлюб повинен укладатися за вільною згодою тих, хто одружується’ (ч. 1 ст. 10); ‘особлива охорона повинна надаватися матерям протягом розумного періоду до і після пологів’ (ч. 2 ст. 10); право кожного на достатній життєвий рівень для нього і його сім’ї, що включає достатнє харчування, одяг і житло, і на неухильне поліпшення умов життя (ч. 1 ст. 11); ‘основне право кожної людини на свободу від голоду’ (ч. 2 ст. 11); право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров’я (ст. 12); право кожної людини на освіту (ст. 13).

7. Соціальні права підлягали судовому захисту, який охоплювався заходами до їх гарантування з боку держав.

У контексті питання судового захисту соціальних прав цікавим є досвід Угорщини, яка є однією з кількох держав, що прямо обмежили можливість судового захисту соціальних прав. Так, згідно з положеннями Основного Закону 2011 р. має місце особлива ситуація, яка позначається виведенням соціальних прав за межі судового захисту із вказівкою на фінансово-економічні мотиви, а також пов’язування судів принципом збалансованого бюджету⁶.

Після набуття чинності Пакт імплементується до внутрішнього права держав-учасниць. Наприклад, право на їжу, яке базується на його нормах (станом на 2012 р. ратифікувало 160 держав), гарантоване у понад 106 державах – учасницях Пакту на рівні конституції або іншими заходами прямо в законах⁷.

У березні 2000 р. в аналітичному документі Європейського Парламенту “Основні соціальні права” було запропоновано нову площину їх

⁶ Report 25 June 2013 on the situation of fundamental rights: standards and practices in Hungary (pursuant to the European Parliament resolution of 16 February 2012) (2012/2130(INI)) <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2013-0229&language=EN>> (accessed: 05.10.2019).

⁷ Miloslav Hetteš, *Lidské práva a sociální ochrana v sociální práci* (Vysoká škola zdravotnictva a sociální práce sv. Alžbety 2015) 76.

Андріанна Бадида

розуміння – як “основні соціальні права” (*Fundamental Social Rights*)⁸. Під цією категорією розумілися права, які громадянин має і які може здійснювати лише у його відносинах з іншими людьми як члена групи і які можуть стати ефективними лише за умови, коли держава здійснює певну діяльність для захисту середовища, в якому перебуває індивід. Водночас у документі відзначалося, що вони є доповненням до цивільних (громадянських) прав, оскільки останні не можуть надати мінімального соціального забезпечення. На відміну від цивільних прав і свобод, основні соціальні права означають не свободу від держави, а навпаки – свободу за допомогою держави. У дослідженні відзначено, що, з одного боку, ці основні права виступають у формі допомоги від держави, що відрізняє їх від класичних громадянських прав і свобод, а з другого – між ними існує значний збіг. Збіг полягає, наприклад, у свободі занять у сенсі свободи вибору професії, заборони примусової праці, або права на об’єднання і ведення колективних переговорів та права на страйк – наведені права слід розглядати як органічні сегменти основних прав, які передовсім стосуються рівності, і, як правило, визнаються (наприклад, право на рівну оплату праці для чоловіків і жінок). Основні права можуть бути виражені в таких формах: а) питання судового розгляду (*litigable*), яке може бути ініційоване індивідом (щодо свободи від держави – наприклад, недоторканність житла, свободи думки, рівне ставлення); б) гарантії інституту, які вимагають від держави забезпечити існування цього правового інституту (наприклад, приватна власність); в) положення, що визначають цілі держави, які вимагають, щоб всі її органи дотримувалися змісту прав людини у всій діяльності, що впливає і на законодавство, і на адміністративні дії; г) політичні положення, які дають вказівки законодавцю, щоб гарантувати права людини за допомогою звичайних законів.

У дослідженні Європейського Парламенту відзначалося, що всі держави – члени Європейського Союзу мають соціальні права на рівні звичаєвого права. Вони повинні бути знайдені, зокрема, в галузі трудового права у відносинах між працівниками і роботодавцями, де вони включають, наприклад, правила про захист від звільнення, мінімального рівня заробітної плати, відпустки й безпечних умов праці. При цьому у дослідженні було звернуто увагу на те, що

питання полягає в тому, чи повинні соціальні права бути підвищені до рівня конституційного права <...>, це єдиний спосіб гарантувати, що такі права не будуть підірвані звичайним законодавством або здійсненням

www.pravoua.com.ua

⁸ Mark Eric Butt and Julia Kilibert and Christiane Anne Schultz, *Fundamental Social Rights in Europe (Working Paper SOCI 104 EN)* (Directorate General for Research, European Parliament, 2000) <http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf> (accessed: 05.10.2019).

правосуддя, оскільки конституції зазвичай складно змінити порівняно зі звичайним законодавством і вони залишаються переважно незмінними навіть після зміни уряду⁹.

Однак критики стверджували, що включення основних соціальних прав у конституцію призведе до визначення певного рівня життя, який зі зміною економічних і фінансових умов буде неможливо підтримувати, що призведе до невідповідності конституційних положень життєвій ситуації, оскільки вони засновані на поточних соціальних умовах. Також, на думку противників включення основних соціальних прав до конституцій, якщо такі права були розміщені на одному рівні з основними і невідчужуваними правами людини (наприклад, правом на життя, свободу та особисту недоторканність), більшість основних соціальних прав не могла би бути гарантована. В умовах ринкової економіки, наприклад, держава де-факто не може гарантувати багато прав, одним із таких є право на працю, тому що вона не може запропонувати достатню кількість робочих місць. На відміну від цього, вона здатна гарантувати права на свободу чи рівність¹⁰.

У правовій доктрині соціальні та економічні права наділяють такими ознаками: є універсальними та невідчужуваними від людини; поширюються на певну соціально-економічну сферу життєдіяльності людини; являють собою можливості здобувати засоби для існування, беручи безпосередню участь у виробництві чи організації виробництва матеріальних та інших благ або отримуючи такі засоби соціальних джерел через соціальне утримання (аліментування); для забезпечення реальності таких прав необхідні позитивні зусилля держави зі створення умов для їхньої реалізації людиною, пов'язані зі значними витратами, в межах економічних можливостей країни; обов'язок держави забезпечувати економічні й соціальні права зазвичай не має тієї міри формальної визначеності, яка властива її обов'язку забезпечувати громадянські (особисті) і політичні права. Це проявляється у використанні при закріпленні соціально-економічних прав здебільшого “нежорстких”, рекомендаційних, оцінювальних формулювань (наприклад, “гідний рівень життя”, “справедливі та сприятливі умови праці”, “задовільне існування”); здійсненність таких прав є визначальною ознакою соціальної держави¹¹.

У літературі також виокремлюються такі особливості соціальних прав: 1) цей блок прав людини відображає розуміння “прав людини” не як “можливості на поведінку в певних межах” (як в інших видах прав),

⁹ Butt and Kiibert and Schultz (n 8).

¹⁰ Ibid.

¹¹ Верланов (n 3) 41.

Андріанна Бадида

а як “можливість отримати благо”. Проте “отримання блага” пов’язане з обсягом прав інших людей, зокрема, з його “вилученням” у людини, котра здобула його своєю працею (наприклад, через стягнення податку на доходи фізичної особи). Держава, котра закріплює у правових нормах “право на благо”, фактично бере на себе правове зобов’язання щодо його вилучення в інших суб’єктів; 2) соціально-економічні права, на відміну від інших видів прав людини, не є правами, якими наділені всі суб’єкти. В ідеальній суспільній конструкції вони не можуть належати “кожному”, бо визнання їх за “кжною” особою може призвести до колапсу державно-організованого суспільства з економічного і морального погляду. Як правило, такі права визнаються лише за категоріями осіб, які належать до “соціально вразливих”. Постає питання про обсяг цих категорій осіб та чинники, які впливають на нього. Таких чинників може бути декілька, й обмежений економічний ресурс не стоїть на першому місці. В умовах демократичної політичної системи проявляється явище обміну політичної підтримки й економічних очікувань, що веде до загрози постійного “розширення” як обсягу соціально-економічних прав, так і переліку суб’єктів – їхніх адресатів; 3) лише соціально-економічні права пов’язані з перерозподілом виробленого в суспільстві національного доходу, а отже – з обсягом такого національного доходу і рівнем його перерозподілу. Ці два головні питання реально визначають рівень реалізованості соціально-економічних прав, а не їхні юридичні гарантії. Рішеннями судових інстанцій неможливо домогтися “здійснення” того чи іншого права з цього блоку, якщо відсутнє відповідне ресурсне забезпечення (особливо у випадках “безоплатності” певних соціальних послуг, закріплених як “право”); 4) соціально-економічні права не можуть належати до так званих “основних” (природних) прав людини, бо вони в принципі не наділені властивостями, притаманними іншим блокам прав людини, зокрема: соціально-економічні права не є “непорушними” в тому смислі, що вони не можуть бути скасовані чи звужені законодавцем¹². Для теоретичного осмислення соціальних прав людини вкрай важливе значення мали так звані Туринські форуми (“Турин-1” у 2014 р. і “Турин-2” у 2016 р.), які зібрали представників всіх 47 держав – учасниць Ради Європи. Під час цих форумів було підкреслено “єдність і неподільність прав людини”, а також те, що соціальні права, гарантовані Європейською соціальною хартією, є невід’ємною частиною прав людини нарівні з громадянськими і політичними правами¹³.

www.pravoua.com.ua

¹² Лемак (н 2) 40-8.

¹³ *Interparliamentary Conference on the European Social Charter. Turin Forum on Social Rights in Europe. Official speeches and interventions (17 and 18 March 2016, Turin, Italy)* <<https://rm.coe.int/16806c6b12>> (accessed: 05.10.2019).

Висновки. Поширена позиція, за якою громадянські й політичні права потребують “негативних” зобов’язань держави, а соціально-економічні – “позитивних” є хибною. Всі групи прав людини потребують захисту (тобто активної діяльності) з боку держави, з огляду на їхній внутрішньо логічний і сутнісний зв’язок.

У сучасних умовах такий підхід переосмислюється у багатьох аспектах. По-перше, низка соціальних прав (наприклад, свобода праці, вибір професії, заборона примусової праці, право на професійні об’єднання тощо), по суті, є органічними сегментами таких фундаментальних цінностей, як свобода та рівність, які є в основі всієї системи прав людини. По-друге, соціальні права, як і інші блоки прав людини, потребують здійснення позитивних зобов’язань держави, які ґрунтуються на ресурсах, доступних для держави. По-третє, лише декілька держав (до прикладу, Угорщина) прямо істотно обмежили на рівні конституційного принципу можливість судового захисту соціальних прав.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Butt M E and Kübert Ju and Schultz C A, *Fundamental Social Rights in Europe (Working Paper SOCI 104 EN)* (Directorate General for Research, European Parliament, 2000) <http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/pdf/104_en.pdf> (accessed: 05.10.2019) (in English).
2. Hetteš M, *Ludské práva a sociálna ochrana v sociálnej práci* (Vysoká škola zdravotníctva a sociálnej práce sv. Alžbety 2015) (in Slovak).
3. Verlanov S, *Ekonomichni i sotsialni prava liudyny: yevropeiski standarty ta yikh vprovadzhennia v yurydychnu praktyku Ukrainy (zahalnoteoretychne doslidzhennia)* [*Economic and Social Human Rights: European Standards and Their Implementation in Ukraine’s Legal Practice (General Theoretical Study)*] (Krai 2009) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Lemak V, ‘Sotsialno-ekonomichni prava liudyny v konteksti verkhovenstva prava: vitchyzniani dosvid zakriplennia ta zastosuvannia’ [‘Socio-Economic Human Rights in the Rule of Law Context: National Experience of Consolidation and Application’] (2010) 1 *Visnyk Akademii pravovykh nauk Ukrainy* 40-8 (in Ukrainian).
5. Varlamova N, ‘Vvedenie k Forumu “Konstitucionnyj status social’no-jekonomicheskikh prav”’ [‘Introduction to the Forum “The Constitutional Status of Socio-Economic Rights”’] [2000] 1(30) *Konstitucionnoe pravo: Vostochnoevropejskoe obozrenie* 144-5 (in Russian).

Conference papers

6. *Interparliamentary Conference on the European Social Charter. Turin Forum on Social Rights in Europe. Official speeches and interventions (17 and 18 March 2016, Turin, Italy)* <<https://rm.coe.int/16806c6b12>> (accessed: 05.10.2019) (in English).

SOCIAL RIGHTS IN THE SYSTEM
OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

ABSTRACT. The topic under study is relevant due to several points: firstly, at the beginning of the XXI century, human rights receive a new understanding: they are not merely subjective rights, they imply the legal guarantees that an individual is protected from encroachments on the part of governmental authorities, as well as other individuals; secondly, the thesis according to which social rights are “secondary” as against the so-called classical (personal and political) rights, should be re-considered, since they require active behavior on the part of the State and it is difficult to protect them in court.

The purpose of the article is to explore the specifics of social human rights through the features ensuing from the content of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966, and to justify their significance in the human rights system. They should be understood primarily in the context of international law in this area. Moreover, the European Court of Human Rights in its decisions explicitly states that the division of rights into personal, political, social or economic is conditional. In point of fact, human rights are a single system.

During the study, the author drew conclusions about the essence of social human rights. Adjustments are needed to the widespread position according to which civil and political rights require “negative” obligations of the State, and socio-economic rights – “positive” ones.

In modern conditions, this approach is being rethought in many aspects. Firstly, a number of social rights (e.g. freedom of labor, choice of occupation, prohibition of forced labor, right to professional associations, etc.) are, in fact, organic segments of fundamental values such as freedom and equality, which underlie the entire human rights system. Secondly, social rights, like other blocks of human rights, require the implementation of positive obligations of the State, which are based on the resources available to the State. Thirdly, only a few States (e.g. Hungary) have significantly limited the possibility of court protection of social rights at the level of the constitutional principle.

KEYWORDS: human rights; social rights; Convention for the Protection of Rights and Fundamental Freedoms; European Court of Human Rights; case law.

РЕФОРМУВАННЯ ПРАВОСУДДЯ

DOI: 10.33498/opus-2019-11-281



Людмила Скомороха

кандидатка юридичних наук, заслужена юристка України, завідувачка відділу з питань призначення суддів та припинення відставки суддів Вищої ради правосуддя (Київ, Україна)
l.skomoroha@hcj.gov.ua

УДК 342.565:347.962(477)

МОРАЛЬНО-ЕТИЧНІ СКЛАДОВІ ПОСАДИ СУДДІ В УКРАЇНІ

АНОТАЦІЯ. У статті досліджуються питання принципів формування суддівського корпусу в Україні. Звернуто увагу на необхідність законодавчої актуалізації стандартів поведінки судді з урахуванням широкого використання ними соціальних мереж та інших засобів обміну й розповсюдження інформації. Наголошено на одній із головних проблем, яка нині постала перед судовою владою, – необхідності повернення довіри громадян, суспільства до судової влади, щоб кожна людина відчувала повагу до носіїв суддівської мантії.

Високий рівень вимог до професійної підготовки, морально-етичних та інших особистих якостей осіб, які претендують на посаду судді, визначає необхідність використання сучасних методів вивчення особистості.

Мета статті полягає у висвітленні та актуальності питання морально-етичних вимог, які висуваються до судді (кандидата на посаду судді), їх законодавчої регламентації. Унеможливлення тиску та впливу на суддівський корпус у межах чинного законодавства, дотримання принципу незалежності судової влади в Україні.

Україна перебуває у стані постійного пошуку й удосконалення шляхів формування незалежної судової гілки влади. Проте ці процеси не повинні гальмувати діяльність суду та поповнення його новими судьями, оскільки життя не стоїть на місці й суддівський корпус потребує постійного оновлення.

Формування суддівського корпусу з кола осіб, які найбільше підходять за своїми професійними й особистими якостями на посаду судді, є одним із головних аспектів успішного завершення судової реформи та створення сильної і незалежної судової влади, що має високий авторитет у суспільстві.

Авторка доходить висновку, що стає очевидним питання, чому останнім часом суспільство все більше схильне до розгляду роботи судді виключно через призму негативу, можливості притягнення його до відповідальності, визначення підстав та умов, за яких на суддю буде накладено стягнення. Одним із аспектів цієї пробле-

© Людмила Скомороха, 2019

Людмила Скомороха

ми можна назвати дефіцит моральності в поведінці суддів. Коли йдеться про проблеми в суддівському корпусі, то очевидним стає питання, з кого складається такий корпус і на яких засадах відбувається його формування.

Одним з елементів професійності судді є професійний обов'язок, пов'язаний із професійною честю, етичністю, моральністю, постійним підвищенням майстерності, вихованням у людей поваги до закону. Особливе місце у судовій діяльності займає суддівське сумління, яке формується на основі правових та етичних вимог. Суддівське сумління змушує суддю діяти відповідно до своїх моральних переконань і професійних обов'язків.

Професійні якості судді – це певний набір характеристик, які мають вказувати на те, яким є або має бути суддя, вони дають змогу висвітлити те особливе, що відрізняє професію судді від інших професій. У діяльності судді реалізується значна кількість спеціальних якостей і навичок, що становлять ментальність особистості і визначають її творчий потенціал, а також індивідуальний стиль роботи. Суддя, здійснюючи державну діяльність, є носієм судової влади, його робота пов'язана з високими психоемоційними навантаженнями, особливо сьогодні.

Ключові слова: судова влада; суддя; мораль; етика; незалежність суддів; професійний добір.

Дослідження питання професійного добору, ефективного формування суддівського корпусу, морально-етичного аспекту професійної діяльності судді знайшли своє відображення у працях В. Тація, Ю. Грошевого, Е. Мурадян, М. Клеандрова, Ю. Шемшученка. Проте слід зазначити, що питання підвищення довіри народу до судової влади, забезпечення дотримання суддями морально-етичних стандартів поведінки є вельми актуальним і недостатньо дослідженим. Вказане зумовлює потребу у проведенні досліджень у цій царині.

Метою дослідження є висвітлення актуальних питань морально-етичних вимог, які висуваються до судді (кандидата на посаду судді), їх законодавчої регламентації, унеможливлення тиску та впливу на суддівський корпус у межах чинного законодавства, дотримання принципу незалежності судової влади в Україні.

Коли вести мову про сутність і значення професійних якостей судді, необхідно враховувати конституційно-правовий аспект формування суддівського корпусу, необхідно брати до уваги конституційно-закріплені принципи незалежності судової гілки влади на законодавчому рівні. Суддівський корпус має формуватися з кола осіб, які найбільше підходять за своїми професійними й особистими якостями на посаду судді. Це є одним із головних аспектів успішного проведення судової реформи та створення сильної і незалежної судової влади, що має високий авторитет у суспільстві.

Метою діяльності судової влади є забезпечення панування права. Відмінною рисою судової влади є дотримання у своїй діяльності не політич-

них, миттєвих мотивів, а норм права. Спори вирішуються на основі закону та правосвідомості суддів, на підставі їхнього внутрішнього переконання¹.

Однією з ознак демократичного суспільства є наявність у державі незалежної судової гілки влади. На нинішньому етапі розвитку суспільства питання вільного доступу до правосуддя є одним із найактуальніших.

У Висновку № 7 (2005) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи про правосуддя та суспільство йдеться про те, що правосуддя є важливим компонентом демократичних суспільств. Воно має на меті вирішення спорів між сторонами і, шляхом ухвалення рішень, має відігравати як “нормативну”, так і “просвітницьку” роль, надаючи громадянам відповідні настанови, інформацію та гарантії щодо права і його практичного застосування.

Суди існують та сприймаються загалом громадськістю як належне місце для встановлення юридичних прав і обов’язків та вирішення пов’язаних із цим спорів. Суспільство ставиться з повагою та вірить у здатність судів здійснювати цю функцію².

При вирішенні “складних справ” виявляється суперечність філософсько-наукових поглядів щодо ідеї справедливості. У такому випадку справа не може бути вирішена шляхом “простого нормозастосування”, беручи до уваги однозначне філологічне розуміння певних правових положень, застосовуючи правила дедуктивної логіки. Тому не викликає сумніву, що судді, особливо при здійсненні конституційного судочинства, повинні застосовувати певні моральні принципи та цінності, які, зі свого боку, також не є остаточно визначені³.

Судова влада повинна бути компетентною. Компетентність можна характеризувати в одному з її значень як високий професіоналізм суддів, глибоке знання ними законів, вимог професійної етики, неухильне їх дотримання, уміння правильно розібратися в тій або іншій, іноді складній і заплутаній ситуації. Вона включає і великий життєвий досвід, досвід застосування законів, юридичної діяльності ще до взяття на себе обов’язків судді. Суддя повинен мати вищу юридичну освіту. Однак без постійного вдосконалення своїх знань, підвищення юридичної та загальної культури суддя неминуче “відставатиме” від вимог, яким повинен відповідати представник судової влади, зробиється некомпетентним. Тим часом люди, чиї долі вирішує суддя, чиї права й інтереси залежать від його рішення, мають право вимагати правосуддя “високої якості”. Кожен суддя повинен бути професіоналом високого класу⁴.

¹ В Маклаков (отв ред), *Конституционное право: словарь* (Юрист 2001).

² А Кавакін (упоряд), *Документи Консультативної ради європейських суддів: [офіц. вид.]* (Ін Юре 2015).

³ С Шевчук, *Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні* (2-ге вид, Реферат 2010).

⁴ Б Леко, *Юридична етика: навчальний посібник* (Книги-XXI 2008).

Людмила Скомороха

Суддя – символ справедливості, а справедливість поза торгом⁵. Останнім часом Україна стає яскравим прикладом того, як швидко можна зневільювати статус незалежної судової гілки влади постійним тиском і втручанням у її діяльність та статус.

Суддя – звичайна людина, яку можна залякати. Але суддю не лякають громадяни чи інвестори, які приходять до суду. Суддю може залякати лише влада – звільненням, кримінальними справами. Слід зрозуміти, що забезпечення суддів, гарантії незмінюваності – це ті гарантії, які надаються людям, а не суддям⁶.

Будь-які спроби втручання у діяльність судів із розгляду та вирішення конкретних справ ставлять під загрозу принципи здійснення правосуддя, передусім принцип незалежності та недоторканності суддів.

Процес призначення та звільнення суддів у державі повинен бути настільки чітким і прозорим, щоб неможливо було б навіть уявити корумпованість суддівського корпусу чи тиск на них. Ігнорування існуючих проблем може призвести до колапсу судової системи і фактичного “паралічу” державної влади, оскільки судова влада є однією зі складових державної влади країни.

Найактуальнішим питанням у сфері забезпечення справедливого правосуддя, безумовно, залишається підвищення статусу суддів у суспільстві, що передбачає підтвердження суддями на практиці своєї незалежності, безсторонності та професіоналізму⁷.

У сучасних умовах, за яких особа перебуває під постійним тиском суспільних, економічних та політичних проблем, і при цьому повинна дотримуватися законодавчо встановлених норм і правил поведінки, одним із головних факторів дотримання особою адекватної реакції на всі перипетії сьогодення є її стійка психоемоційність.

Психологічна структура діяльності судді зумовлює наявність певної структури психічних властивостей особистості (інтелектуальних, емоційно-вольових, комунікативних, морально-етичних), які потрібно опанувати для виконання функцій цієї діяльності⁸.

Переважним для зайняття посади судді (за умови інших рівних параметрів) повинна бути людина з таким “набором” (невичерпним, навіть непорушним) чеснот: особиста чесність, високий інтелект і культурний рівень, принциповість, раціональність, вдумливість, енергійність,

www.pravoua.com.ua

⁵ Э Мурадян, *Судебное право* (Юридический центр Пресс 2007) 334.

⁶ Павліна Каменських, ‘У Верховному судді хочуть найняти піар-компанію і застерігають від наступу на свою незалежність’ (*Закон і Бізнес*, 21.09.2019) <https://zib.com.ua/ua/139312-u_verhovnomu_sudi_hochut_naunyati_piar-kompaniyu_i_zasteriga.html> (дата звернення: 27.09.2019).

⁷ *Актуальні проблеми політики. Збірник наукових праць. Вип. 32* (Ківалов С ред, Фенікс 2007) 117.

⁸ Е Чуева, ‘Психодиагностическое обследование личности кандидатов на должности судей как одна из составляющих повышения качества правосудия и эффективности судебной системы’ (2010) 2 Администратор суда 15-9.

цілеспрямованість, об'єктивність, доброта, безсторонність, врівноваженість, справедливість, незворушність, емоційна стійкість, сумлінність, завзятість, незалежність, організованість, непідкупність, гуманізм, старанність, працьовитість, добродушність, терпимість, витримка, комунікабельність, здатність застосовувати судову владу розумно тощо⁹.

Відповідно до ст. 83 Закону України “Про судоустрій і статус суддів” кваліфікаційне оцінювання проводиться Вищою кваліфікаційною комісією суддів України (далі – Комісія) з метою визначення здатності судді (кандидата на посаду судді) здійснювати правосуддя у відповідному суді за визначеними законом критеріями¹⁰.

Положенням про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення (далі – Положення), зокрема, встановлено, що відповідність судді критерію професійної компетентності оцінюється (встановлюється) за такими показниками: рівень знань у сфері права, рівень практичних навичок та умінь у правозастосуванні, ефективність здійснення правосуддя, діяльність щодо підвищення фахового рівня. Відповідність судді критерію особистої компетентності визначається за показниками тестувань особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей, такими як когнітивні якості особистості, емотивні якості особистості, мотиваційно-вольові якості особистості, і оцінюються на підставі висновку про підсумки таких тестувань (у разі їх проведення), за результатами дослідження інформації, яка міститься у суддівському досьє, і співбесіди. Тестування особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей проводиться у разі ухвалення Комісією відповідного рішення та за визначеною у ньому методикою. Метою тестувань особистих морально-психологічних якостей та загальних здібностей є оцінювання показників особистої, соціальної компетентності, професійної етики та доброчесності судді (кандидата на посаду судді)¹¹.

Під час конкурсу до Верховного Суду, після складення усіх чотирьох тестів судді спілкуються з професійним психологом для уточнення результатів та остаточного визначення рівнів показників, що вимірюються тестами. За результатами спілкування з суддею психологи складають висновок про підсумок тестувань, який передається Комісії. Зі свого боку Комісія переводить показники висновку у бальну шкалу та визначає під-

⁹ М Клеандров, *Статус судьи: учебное пособие* (Сибирская издательская фирма РАН 2000) 88-9.

¹⁰ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>> (дата звернення: 05.10.2019).

¹¹ Положення про порядок та методологію кваліфікаційного оцінювання, показники відповідності критеріям кваліфікаційного оцінювання та засоби їх встановлення, затверджене рішенням Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 3 листопада 2016 р. № 143/зп-16 (у редакції рішення Вищої кваліфікаційної комісії суддів України від 13 лютого 2018 р. № 20/зп-18) <<https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/polozhennia.pdf>> (дата звернення: 02.09.2019).

Людмила Скомороха

сумкові бали, які отримав суддя за результатами тестування особистих морально-психологічних якостей і загальних здібностей. Результати психологічного тестування мали б показувати, наскільки суддя відповідає професіограмі – портрету (вимогам), якому (яким) має відповідати особа, що працює або хоче працювати суддею. Комісія повідомила, що будь-які дослідження, спрямовані на створення професіограми судді, за її ініціативою не проводяться. Сама ж професіограма, за інтерпретацією Комісії, є переліком показників, який міститься у Положенні. У ньому міститься лише набір показників, за яким Комісія проводить оцінку, однак не вказано, який рівень прояву того чи іншого показника вважається оптимальним для судді і чому. Ймовірно, це пов'язано з небажанням Комісії обговорювати визначені нею ж оптимальні критерії¹².

При розгляді питання професійно-психологічних критеріїв посади судді, спроможності особи виконувати функцію судді є очевидною необхідність перевірки, так би мовити, “фільтрації” як претендентів, так і осіб, які вже перебувають на посаді. Потрібно, щоб кандидат у судді усвідомив свою спроможність вирішувати долі інших людей, брати відповідальність за прийняте рішення як із професійного, так і з морально-етичного боку. Суддя, який певний час обіймає посаду, має усвідомлювати необхідність професійного зростання, поглиблення знань та вмінь і, безперечно, не втрачати людяності при вирішенні кожної конкретної справи. Всі ці питання перестають бути теоретичними, коли окремо взятий громадянин прагне судового захисту, відновлення справедливості.

Особисті якості судді важко виміряти, це певний латентний параметр. Можна вести мову про оцінку таких якостей, проте це тягне за собою іншу проблему – визначення критеріїв та системи, за якою має здійснюватися така оцінка. Поведінка людини, її вчинки можуть дати можливість скласти її морально-психологічний портрет, систему цінностей. Морально-етична складова особи – судді завжди перебуває під пильною увагою громадськості. У зв'язку з цим суддя повинен володіти відповідними особистісними та морально-психологічними якостями, такими як прагнення до бездоганної поведінки, високий рівень відповідальності, шанобливе, уважне ставлення до інших людей, вміння слухати, особиста гідність і самоповага, самокритичність, самоконтроль, стресостійкість, чесність, совісність, гуманність, незалежність, принциповість, порядність тощо.

У коментарі до Кодексу суддівської етики (далі – Кодекс) зазначено, що під суддівською етикою розуміють певну систему базових принципів

¹² Роман Куйбіда та інші, *Кваліфікаційне оцінювання суддів 2016-2018: проміжні результати* <https://prosud.info/Qualification_Report_Full_EU.pdf> (дата звернення: 19.08.2019).

регламентації поведінки суддів у суді та позасудової поведінки, які побудовані на особливостях професійної діяльності судді та створені для підтримки суддівських стандартів, діють об'єктивно і незалежно з метою збільшення значущості існуючих правових норм та правил поведінки для суддів. Детальний аналіз сучасного правового життя вказує на активізацію та посилення впливу етичних норм в Україні¹³.

Рішення Ради суддів України від 15 червня 2018 р. № 26 і № 27 про створення робочої групи для внесення змін до Кодексу зумовлено, перш за все, змінами у законодавстві, які стосуються судової влади. Серед них: зміни до Конституції України в частині “Правосуддя”, прийняття Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, формування нового Верховного Суду та прийняття нових процесуальних кодексів. Все це, безумовно, потребує певного перегляду підходів до стандартів поведінки як суддів, так і працівників апарату судів, що разом сприятиме підвищенню рівня ефективності органів правосуддя і довіри громадян до судової влади загалом¹⁴.

В оновленому Кодексі мають бути забезпечені гарантії суддівської незалежності, суддя має бути убезпечений від безпідставного притягнення до відповідальності. Так, значної ваги набувають, зокрема: ст. 4 (порушення правил етичної поведінки, встановлених Кодексом, не можуть самі собою застосовуватись як підстави для притягнення суддів до дисциплінарної відповідальності та визначати ступінь їх вини); ст. 18 (суддя повинен бути обізнаним про свої майнові інтереси та вживати розумних заходів для того, щоб бути обізнаним про майнові інтереси членів своєї сім'ї); ст. 20 (участь судді у соціальних мережах, інтернет-форумах та застосування ним інших форм спілкування у мережі Інтернет є допустимим, проте суддя може розміщувати, коментувати лише ту інформацію, використання якої не завдає шкоди авторитету судді та судової влади).

Суддя має дотримуватися високих професійних і моральних стандартів поведінки. Негативна суспільна думка та можлива критика або спроба тиску на суддю при здійсненні ним правосуддя не мають впливати на прийняття ним рішень у конкретних справах. Порушення суддею будь-яких правових або моральних норм негативно впливає на авторитет судової влади в суспільстві.

Безперечно, зміни законодавства, умов життя судді з урахуванням широкого використання суддями соціальних мереж та інших засобів

¹³ Микола Кравчук, ‘Етичні норми в правовому регулюванні суспільних відносин: теоретико-правовий аспект’ в *Професійна етика судового процесу: матеріали круглого столу (24 листопада 2017 року)* (Національна академія прокуратури України 2018) 52.

¹⁴ ‘У Раді суддів України оновлюватимуть Кодекс суддівської етики та Правила поведінки працівників суду’ (*Рада суддів України*, 26.09.2018) <<http://rsu.gov.ua/ua/news/u-radi-suddiv-ukraini-onovluvatimut-kodeks-suddivskoi-etiki-ta-pravila-povedinki-pracivnikiv-sudu>> (дата звернення: 27.09.2019).

Людмила Скомороха

обміну та розповсюдження інформації вимагають змін й удосконалення стандартів поведінки судді. Відповіді на запитання – чому кандидат хоче стати суддею? – не можуть бути формальними, а повинні допомагати у визначенні психологічного портрета кандидата, для чого, звичайно, потрібні відповідні рекомендації фахівців.

Відповідно до Висновку № 3 (2002) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи про принципи та правила, які регулюють професійну поведінку суддів, зокрема питання етики, несумісної поведінки та неупередженості. Суспільна довіра та повага до судової влади є гарантіями ефективності судової системи: поведінка суддів у їхній професійній діяльності, зрозуміло, розглядається громадськістю як необхідна складова довіри до судів. Принципи професійної поведінки повинні формуватися самими суддями. Ці принципи мають бути інструментами саморегулювання, що виникають у межах судової системи та дають можливість судовій владі бути легітимною, діючи в межах загальноприйнятих стандартів етики¹⁵.

Вища рада правосуддя у 2019 р. ухвалила рішення про відмову у внесенні подання Президентові України про призначення кандидата на посаду судді Верховного Суду. З рішення Вищої ради правосуддя, оприлюдненого на офіційному вебсайті, вбачається, що кандидат на засіданні підтвердив, що має обліковий запис у соціальній мережі “Фейсбук”, який ідентифікується його портретом і латинською транслітерацією імені та прізвища. Також на уточнююче запитання кандидат підтвердив, що останньою публікацією в його обліковому записі було поширення посилання на музичний твір, розміщений на ресурсі “Ютуб”. Переглядом змісту публікацій, розміщених на відповідному обліковому записі, встановлено, що кандидат поширював на своїй сторінці у мережі “Фейсбук” нецензурні вислови та заклики до насильства. Згідно зі статтями 1, 3 Кодексу суддя повинен бути прикладом неухильного додержання вимог закону й принципу верховенства права, присяги судді, а також високих стандартів поведінки з метою зміцнення довіри громадян у чесність, незалежність, неупередженість та справедливість суду. Суддя має докладати всіх зусиль для того, щоб, на думку розсудливої, законслухняної та поінформованої людини, його поведінка була бездоганною. Авторитет суду та його рішень багато в чому пов’язується з авторитетом судді, оцінкою його поведінки як у сфері судочинства, так і поза межами професійної (службової) діяльності¹⁶.

www.pravo.ua.com.ua

¹⁵ Кавакін (н 2).

¹⁶ Рішення Вищої ради правосуддя від 8 квітня 2019 р. № 1075/0/15-19 <<http://www.vru.gov.ua/act/18031>> (дата звернення: 23.09.2019).

Поведінка судді у професійній сфері та особистому житті (поза робочим часом) сприймається в суспільстві як невід’ємна частина довіри до судової влади. Законодавче закріплення в Україні вимог і критеріїв, які давали б можливість надати професійну оцінку спроможності судді виконувати професійні обов’язки ефективно з урахуванням його професійних, особистих здібностей протягом усього строку перебування на посаді, спонукало б до підвищення довіри до судового корпусу.

Поведінці судді та його приватному життю, наприклад, у Великій Британії, пред’являються досить високі вимоги, так само як і адвокатів, що висуваються на суддівську посаду. Характеру майбутнього судді і його поведінці в суспільстві відводиться значне місце. Участь у будь-якому публічному скандалі, лише зі згадкою імені у пресі, є перешкодою для просування судді по службі і для призначення на суддівську посаду адвоката. Стосовно характеру, то вважається, що англійський суддя повинен володіти хорошим характером і манерами, бути люб’язним із адвокатами, свідками й присяжними. Йому повинно бути властиве почуття гумору, але, однак, не надмірне. Він повинен володіти терпінням та умінням слухати, не перебиваючи, що є основною якістю характеру судді¹⁷.

А. Коні вказував, що довіра до судді є необхідною умовою його діяльності. Він живий і самостійний виразник цілей законодавця в додатку їх до явищ повсякденного життя. Між вказівками його совісті і свавіллям є величезна різниця. Те, що називається “суддівською совістю”, тобто сила, що підтримує суддю і вносить особливий, піднесений сенс у справу, яку він творить¹⁸.

Висновки. Беручи до уваги все сказане вище, стає очевидним питання, чому останнім часом суспільство все більше схильне до розгляду роботи судді виключно через призму негативу, можливості притягнення його до відповідальності, визначення підстав та умов, за яких на суддю буде накладено стягнення. Можливо, одним із аспектів цієї проблеми є дефіцит моральності в поведінці суддів. Коли йдеться про проблеми, наявні у суддівському корпусі, то очевидним стає запитання – з кого складається такий корпус і на яких засадах відбувається його формування?

Одним з елементів професійності судді є професійний обов’язок, пов’язаний із професійною честю, етичністю, моральністю, постійним підвищенням майстерності, вихованням у людей поваги до закону. Особливе місце у судовій діяльності займає суддівське сумління, яке формується на основі правових та етичних вимог. Суддівське сумління

¹⁷ Т. Апарова, *Суды и судебный процесс Великобритании. Англия, Уэльс, Шотландия* (Триада Лтд 1996).

¹⁸ А. Коні, *Уголовный процесс: нравственные начала* (Современный гуманитарный институт 2000).

змушує суддю діяти відповідно до своїх моральних переконань і професійних обов'язків.

Професійні якості судді – це певний набір характеристик, які мають вказувати на те, яким є або має бути суддя, вони дають змогу висвітлити те особливе, що відрізняє професію судді від інших професій. У діяльності судді реалізується значна кількість спеціальних якостей і навичок, що становлять ментальність особистості і визначають її творчий потенціал, а також індивідуальний стиль роботи. Суддя, здійснюючи державну діяльність, є носієм судової влади, його робота пов'язана з високими психоемоційними навантаженнями, особливо сьогодні.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Aparova T, *Sudy i sudebnyj process Velikobritanii. Anglija, Ujel's, Shotlandija [The Courts and the Court Process in the UK. England, Wales, Scotland]* (Triada Ltd 1996) (in Russian).
2. Kleandrov M, *Status sud'i: uchebnoe posobie [The Status of Judge: Training Manual]* (Sibirskaja izdatel'skaja firma RAN 2000) (in Russian).
3. Koni A, *Ugolovnyj process: npravstvennye nachala [Criminal Process: Moral Foundations]* (Sovremennyj gumanitarnyj institut 2000) (in Russian).
4. Kuibida R ta inshi, *Kvalifikatsiine otsiniuvannia suddiv 2016-2018: promizhni rezultaty [Qualification Assessment of Judges 2016-2018: Interim Results]* <https://prosud.info/Qualification_Report_Full_EU.pdf> (accessed: 19.08.2019) (in Ukrainian).
5. Leko B, *Yurydychna etyka: navchalnyi posibnyk [Judicial Ethics: Training Manual]* (Knyhy-XXI 2008) (in Ukrainian).
6. Murad'jan Je, *Sudebnoe pravo [Judicial Law]* (Juridicheskij centr Press 2007) (in Russian).
7. Shevchuk S, *Sudova pravotvorchist: svitovyi dosvid i perspektyvy v Ukraini [Court Lawmaking: World Experience and Prospects in Ukraine]* (2-he vyd, Referat 2010) (in Ukrainian).

Edited books

8. *Aktualni problemy polityky. Zbirnyk naukovykh prats [Urgent Issues of Politics. Collected Scientific Papers]* vyp 32 (Kivalov S red, Feniks 2007) (in Ukrainian).
9. Kavakin A (uporiad), *Dokumenty Konsultatyvnoi rady yevropejskykh suddiv: [ofits. vyd.] [Documents of the Consultative Council of European Judges: [Official Publication]]* (In Yure 2015) (in Ukrainian).
10. Kravchuk M, 'Etychni normy v pravovomu rehuliuванні suspilnykh vidnosyn: teoretyko-pravovyi aspekt' ['Ethical Norms in the Legal Regulation of Public Relations: Theoretical and Legal Aspect'] v *Profesiina etyka sudovoho protsesu: materialy kruhloho stolu (24 lystopada 2017 roku) [Professional Ethics of Court Process: Materials of the Round Table (November 24, 2017)]* (Natsionalna akademiia prokuratury Ukrainy 2018) (in Ukrainian).
11. Maklakov V (otv red), *Konstitucionnoe pravo: slovar' [Constitutional Law: Dictionary]* (Jurist 2001) (in Russian).

Journal articles

12. Chueva E, 'Pshodiagnosticheskoe obsledovanie lichnosti kandidatov na dolzhnosti sudej kak odna iz sostavljajushhih povyshenija kachestva pravosudija i jeffektivnosti sudebnoj sistemy' ['Psychodiagnostic Examination of Personality of Candidates for Judicial Posts as One of the Components of Improving the Quality of Justice and the Efficiency of the Judicial System'] (2010) 2 Administrator suda 15-9 (in Russian).

Websites

13. 'U Radi suddiv Ukrainy onovliuvatymut Kodeks suddivskoi etyky ta Pravyla povedinky pratsivnykiv sudu' ['The Council of Judges of Ukraine Will Update the Code of Judicial Ethics and the Rules of Conduct of Court Staff'] (*Rada suddiv Ukrainy*, 26.09.2018) <<http://rsu.gov.ua/ua/news/u-radi-suddiv-ukraini-onovluvatimut-kodeks-suddivskoi-etiki-ta-pravila-povedinki-pracivnikiv-sudu>> (accessed: 27.09.2019) (in Ukrainian).
14. Kamenskykh P, 'U Verkhovnomu suddi khochut nainiaty piar-kompaniiu i zasterihait vid nastupu na svoiu nezalezhnist' ['The Supreme Court Intends to Hire a PR Company and Warn That Its Independence May Not Be Encroached'] (*Zakon i Biznes*, 21.09.2019) <https://zib.com.ua/ua/139312-u_verhovnomu_sudi_hochut_naynyati_piar-kompaniyu_i_zasteriga.html> (accessed: 27.09.2019) (in Ukrainian).

Liudmyla Skomorokha

MORAL AND ETHICAL COMPONENTS OF THE POST OF JUDGE IN UKRAINE

ABSTRACT. The article examines the principles according to which the judiciary is formed in Ukraine. The author highlights the need for updating of the standards of judge conduct in legislation, taking into account that judges widely use social media and other means of information exchange and dissemination. It is emphasized that one of major problems which the judiciary now faces is the need to restore the trust of citizens and society in the judiciary ensuring that every person feels respect for those who wear the judge robe.

The high level of requirements to professional training, moral, ethical and other personal qualities of persons applying for the post of judge necessitates the use of modern methods by which a personality can be examined.

The purpose of the article is to highlight and to emphasize the relevance of the issue of moral and ethical requirements to the judge (candidate for the post of judge), and their legislative regulation. As well as preventing any pressure and influence on the judiciary within the framework of current legislation, and ensuring compliance with the principle of independence of the judiciary in Ukraine.

Ukraine is in the period of ongoing search for and improvement of the ways to form the independent judicial branch of power. However, these processes should not hinder the operation of court and admittance of new judges, since life does not stand still and the judiciary needs constant updating.

Building up the judiciary by engaging the persons most eligible for the post of judge by their professional and personal qualities is one of the key aspects conducive to the successful completion of the judicial reform and the establishment of the strong and independent judiciary with high authority in society.

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 11 • 281-292

Людмила Скомороха

The author comes to the conclusion that now it becomes obvious why in recent years society is increasingly inclined to regard the work of judge exclusively through the negative prism, in terms of bringing a judge liable under law, or of determining the grounds and conditions under which a penalty may be imposed on a judge. One of the aspects inherent in this problem is the lack of morality in the conduct of judges. When it comes to problems within the judiciary, the question clearly arises who are members of the judiciary and what principles it is formed upon.

One of the elements of judge's professionalism is the professional duty associated with professional honor, ethics, morality, lifelong improvement of skills, and facilitating the respect for law among the general public. In activities of the judge's profession, of particular importance is judicial conscience which is formed on the basis of legal and ethical requirements. This judicial conscience drives a judge to act in accordance with his or her moral convictions and professional duties.

Professional qualities of a judge are a certain set of characteristics that should indicate what a judge is or should be, they allow highlighting the special thing that distinguishes the profession of judge from other professions. The judge's activity is the domain where a great many special qualities and skills are realized that make up mentality of a person and determine his or her creative potential, and where the individual style of work is manifested. A judge, conducting the state activity, is the bearer of judicial power; a judge's work involves high psycho-emotional load, especially today.

KEYWORDS: judicial power; judge; morality; ethics; independence of judges; professional selection.



Петро Рудик

доктор історичних наук, професор
(Київ, Україна)

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3381-9840>
ryduk37@ukr.net

DOI: 10.33498/Юсп-2019-11-293

УДК 342.047:347.971.99](477):342(100)

РЕФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВИХ ЗАСАД СИСТЕМИ СУДОУСТРОЮ УКРАЇНИ В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ 2016 РОКУ І МІЖНАРОДНИХ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИХ ВИМОГ

АНОТАЦІЯ. Нормативно-правовою підставою функціонування системи судустрою України є нова редакція Конституції України, інші оновлені та новоприйняті закони, пов'язані з конституційною реформою 2016 р. у частині правосуддя. Основні проблеми судової реформи в Україні вже стали предметом вивчення вчених-науковців.

Метою статті є комплексний аналіз основних оновлених положень Конституції і законів України щодо нової системи судустрою, видів судів загальної юрисдикції, складу судів нових рівнів, їхніх інстанційних повноважень у контексті сучасних конституційної реформи в Україні та міжнародних стандартів. Міжнародні вимоги щодо системи судустрою викладені в низці міжнародних і європейських документів. Відповідно до них внесено зміни до Конституції і Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, прийнято нові закони. Система судустрою країни зазнала суттєвих змін як за змістом, так і за формою. Її зміст наповнився положеннями, що переважно відповідають міжнародним стандартам, про що зазначила Організація з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЄ). Розширено принципи, за якими будується судоустрій. За багаторазовим наполяганням Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеційська Комісія) відбувся перехід від чотирирівневої системи судустрою (місцеві, апеляційні, вищі спеціалізовані суди, Верховний Суд України) до трирівневої (місцеві суди, апеляційні суди, Верховний Суд). Законом України “Про судоустрій і статус суддів” у новій редакції ліквідовані вищі спеціалізовані суди й розширено структуру Верховного Суду, у складі якого діють касаційні суди з розгляду категорій справ, що раніше належали до відання вищих спеціалізованих судів, які існували у галузі цивільного, кримінального, адміністративного та господарського права. Таку позицію Парламенту України схвалила й ОБСЄ. Для розгляду окремих категорій справ у системі судустрою на конкурсній основі створено і діє Вищий антикорупційний суд, триває конкурс до Вищого суду з питань інтелектуальної власності та його Апеляційної палати. Вони мають розглядати справи, що віднесені до їхньої юрисдикції процесуальним законом.

© Петро Рудик, 2019

Петро Рудик

Розкривається процедура їхнього створення як судів першої та апеляційної інстанцій з розгляду окремих категорій справ, структура та особливості формування. Акцентується увага на важливості створення Вищого антикорупційного суду, особливої ролі у його формуванні Громадської ради міжнародних експертів.

Одним із найважливіших елементів судової реформи є ліквідація Верховного Суду України і створення нового Верховного Суду. Внесені зміни до Конституції України вдосконалили його структуру та оновили зміст роботи. Верховний Суд став єдиним судом касаційної інстанції. Він залишається найвищим судом у системі судустрою України, котрий забезпечує сталість та єдність судової практики, що схвально сприйняла ОБСЄ. Розширено повноваження Верховного Суду, кількісно та якісно сформовано новий склад, який згідно з внесеними змінами від 16 жовтня 2019 р. передбачено знову оновити, докорінно змінилася структура, підвищилася роль його Пленуму тощо. З метою деполітизації та ліквідації тиску на судову владу й відповідно до рекомендацій Венеційської Комісії змінено суб'єкт утворення і ліквідації судів (нині ним є Верховна Рада України, а не Президент України). Схваливши позитивні елементи реформування системи судустрою, ОБСЄ у своєму висновку від 30 червня 2017 р. зазначила, що деякі положення закону про судустрій і статус суддів потребують перегляду або подальшого удосконалення. Вона наголосила на необхідності створення детального процесуального законодавства, яке регулювало б функціонування нової системи судустрою.

Зауважено, що при проведенні судової реформи виникло чимало проблем: кваліфікаційне оцінювання кандидатів на посаду суді здійснюється повільно та не завжди прозоро, у новостворених місцевих судах й апеляційних судах гостро не вистачає суддівських кадрів, зростає на них навантаження справами, що погіршує оперативність та якість розгляду справ, шкодить реалізації принципу доступу громадян до суду. Автор вважає, що на поліпшення складу Верховного Суду й суддівського врядування спрямовані внесені зміни до законів України про судустрій і статус суддів та Вищу раду правосуддя від 16 жовтня 2019 р. тощо.

Ключові слова: Конституція України; реформування; конституційно-правові засади; система; судустрій; міжнародні та європейські стандарти.

При здійсненні конституційної реформи 2016 р. великих змін зазнали положення Конституції України, що стосуються судової влади загалом і системи судустрою зокрема. Нині нормативно-правовою підставою функціонування системи судустрою є нові редакції Конституції України і Закону України “Про судустрій і статус суддів” та нові закони України “Про Вищу раду правосуддя” і “Про Вищий антикорупційний суд”, процесуальні кодекси та ін. У них визначаються засади організації судової системи й діяльності судів, установлюються компетенція, порядок створення, структура й основні функції судів, їх матеріально-технічне та організаційне забезпечення. Нові редакції Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України і Кодексу адміністративного судочинства України регулюють процедурні аспекти реалізації судової влади. Зазначені нормативно-правові акти,

міжнародні та європейські документи, праці відомих учених з питань судової реформи в Україні стали основою вивчення зазначеної проблеми порівняно з міжнародними і європейськими вимогами.

Проблематика судової реформи в Україні на сучасному етапі вже знайшла своє вивчення відомими вченими Національної академії правових наук України, Інституту держави і права імені В. М. Корецького Національної академії наук України, Інституту законодавства Верховної Ради України, провідних юридичних закладів вищої освіти України. До вивчення деяких аспектів судової реформи долучилися В. Городовенко, М. Козюбра, О. Копиленко, І. Котюк, А. Крусян, О. Марцеляк, Л. Москвич, С. Прилуцький, О. Святоцький, А. Селіванов, В. Сердюк, В. Сіренко, О. Скрипнюк, П. Стецюк, В. Федоренко, О. Хотинська-Нор, Ю. Шемшученко, О. Щербанюк та ін.¹. Проте у їхніх ґрунтовних працях досліджувана проблема в передбачуваному контексті спеціально не вивчалася.

Метою дослідження є комплексний аналіз основних оновлених положень Конституції України, Закону України “Про судоустрій і статус суддів” та інших законів стосовно нової системи судоустрою, видів судів загальної юрисдикції, складу судів нових рівнів, їхніх інстанційних повноважень у контексті конституційної реформи в Україні 2016 р. та сучасних міжнародних стандартів.

Згідно зі змінами, внесеними до Конституції України, зміст її положень щодо системи судоустрою зазнав суттєвих змін (ст. 125). Положення попередньої редакції ‘Система судів загальної юрисдикції в Україні будується за принципами територіальності і спеціалізації’ замінено на нову редакцію із доповненням ‘Судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації і визначається законом’ (ч. 1

¹ Див.: ‘Утвердження європейської моделі судочинства і верховенства права – пріоритети судової реформи та відновлення суспільної довіри до судів в Україні: інтерв’ю учасників форуму – журналу “Право України” (2014) 11 Право України 74-135; ‘Конституційний процес: поточний результат, ризики і перспективи: Аналітична доповідь Центру Разумкова’ (2016) 5-6 Національна безпека і оборона 3-52; *Судова реформа в Україні: реалії та перспективи: матеріали науково-практичної конференції 18 листопада 2016 р.* (Інститут законодавства Верховної Ради України 2017); *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції* (Щербанюк О голова редкол, 2018); В Городовенко, ‘Реалізація принципу верховенства права у цивільному судочинстві в умовах реформування правосуддя’ (2018) 3 Право України 65-78; А Крусян, ‘Конституційна юстиція та конституційні перетворення в Україні’ (2016) 1 Український часопис конституційного права 31-6; Л Москвич, ‘Довіра до суду: стан та інструменти впливу’ (2018) 3 Право України 9-25; С Прилуцький, ‘Суд як першооснова предмета судового права України’ (2018) 3 Право України 26-51; А Селіванов, ‘Судова влада має пройти реформу поновлення свого авторитету і довіри’ Голос України (7 листопада 2017) 4; О Хотинська-Нор, *Теорія і практика судової реформи в Україні* (Алерта, Правова єдність 2016); Ю Шемшученко, ‘Судова реформа в Україні у світлі європейського досвіду: конституційний аспект’ [2016] 6(33) Часопис цивільного і кримінального судочинства 48-9; О Щербанюк, ‘Індивідуальна конституційна скарга як засіб забезпечення конституційної демократії’ (2018) 12 Право України 77-91 та ін.

Петро Рудик

ст. 125)². У зв'язку з цим спочатку варто з'ясувати зміст термінів “система судів загальної юрисдикції в Україні” і “судоустрій в Україні”. На законодавчому рівні визначення цих термінів відсутнє. У Законі України від 7 липня 2010 р. “Про судоустрій і статус суддів” зазначалося, що систему судів загальної юрисдикції становлять місцеві, апеляційні, вищі спеціалізовані суди і Верховний Суд України (далі – ВСУ) (п. 2 ст. 17). Під терміном “судоустрій”, який у новій редакції Конституції України вживається замість терміна “система судів загальної юрисдикції”, автор юридичної енциклопедії розуміє як судову систему держави, котру в Україні становлять суди загальної юрисдикції і Конституційний Суд України (далі – КСУ)³. А Закон України від 2 червня 2016 р. “Про судоустрій і статус суддів” зазначає, що систему судоустрою становлять місцеві та апеляційні суди і Верховний Суд (ч. 3 ст. 17)⁴. Виходить, що під терміном “судоустрій” розуміється сукупність лише судів загальної юрисдикції. Таким чином, на законодавчому рівні варто чітко визначитися зі змістом термінів “система судів загальної юрисдикції в Україні” і “судоустрій в Україні”, оскільки допускалося різне розуміння змісту цих термінів депутатами Верховної Ради України VI, VII і VIII скликань. Застосовуючи термін “система судоустрою”, розглянемо положення, що стосуються лише судів загальної юрисдикції. Щодо реформування конституційних засад про КСУ, то ця проблема потребує окремого дослідження.

Важливим доповненням Конституції і Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, спрямованих на підвищення рівня здійснення правосуддя, є положення про принципи та організаційну структуру судової влади. Так, в Основному Законі зазначається, що судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації і визначається законом (ч. 1 ст. 125). Це конституційне положення було розвинуто і деталізоване Законом України від 2 червня 2016 р. “Про судоустрій і статус суддів”. У цьому Законі, окрім принципів територіальності і спеціалізації, за якими будується судоустрій, зафіксовано ще принцип інстанційності (п. 1 ст. 17). Зазнала змін система судоустрою: відбувається перехід від чотирирівневої системи судоустрою до трирівневої. За редакцією Закону України від 7 липня 2010 р. “Про судоустрій і статус суддів” систему судів загальної юрисдикції становили чотири суди: місцеві, апеляційні, вищі спеціалізовані суди і ВСУ. Найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції визначався ВСУ, а вищими судовими орга-

www.pravoua.com.ua

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 07.10.2019).

³ В. Маляренко, ‘Судоустрій’ в Шемшученко Ю. голов ред, *Юридична енциклопедія, т 5* (Вид-во ‘Українська енциклопедія’ імені М. П. Бажана 2003) 717-8.

⁴ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

нами спеціалізованих судів – відповідні вищі спеціалізовані суди (частини 2, 3 ст. 17). Згідно з внесеними змінами до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” (2016 р.) нині систему судоустрою становлять: 1) місцеві суди; 2) апеляційні суди; 3) Верховний Суд. Ліквідовані вищі спеціалізовані суди. Лише для розгляду окремих категорій справ у системі судоустрою створюються вищі спеціалізовані суди. Найвищим судом у системі судоустрою є Верховний Суд (частини 2, 3 ст. 17). У зв’язку зі скасуванням вищих спеціалізованих судів, що існували у галузі цивільного, кримінального, адміністративного та господарського права, законом розширено структуру Верховного Суду, у складі якого діють касаційні суди з розгляду категорій справ, що раніше належали до відання вищих спеціалізованих судів.

Зазначимо, що такий перехід до трирівневої системи судоустрою здійснено за наполяганням Європейської Комісії “За демократію через право” (Венеційська Комісія). Як зазначається у її Проміжному висновку, Венеційська Комісія і раніше наголошувала на необхідності уніфікувати систему судів загальної юрисдикції й трансформувати вищі спеціалізовані суди в підрозділи ВСУ за (ймовірним) винятком Вищого адміністративного суду України. Така дія, на її думку, сприяла б забезпеченню єдності судової практики, однаковому застосуванню закону, уникненню конфліктів між судами та зменшенню рівня бюрократії, а також могла б призвести до скорочення тривалості судового розгляду, яка повинна бути розумною відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (п. 19 Проміжного висновку)⁵. А в Остаточному висновку Венеційська Комісія повторила свою нагальну рекомендацію скасувати вищі спеціалізовані суди, залишивши адміністративні суди як автономну систему (п. 11 Висновку від 26 жовтня 2015 р.)⁶. Зауважимо, що законодавець врахував рекомендацію Венеційської Комісії. У новій редакції Конституції України закріплено положення, що з метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди (ч. 5 ст. 125).

Система судоустрою зазнала змін не лише у кількісному, а й у якісному розумінні, що зафіксовано Законом України від 2 червня 2016 р. “Про судоустрій і статус суддів”. Так, на *рівні місцевих судів* передбачена заміна видів місцевих загальних судів, якими були раніше районні, міжрайонні,

⁵ Проміжний висновок щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя. Висновок № 803/2015 CDL-PI(2015)016 від 24 липня 2015 р., затверджений Венеційською Комісією <http://www.rsu.gov.ua/uploads/userfiles/prom_VVK_Strasburg.pdf> (дата звернення: 01.10.2019).

⁶ Висновок № 803/2015 щодо проекту змін до Конституції України в частині правосуддя, затвердженого Конституційною комісією 4 вересня 2015 року: Європейська Комісія “За демократію через право” (Венеційська Комісія). м. Страсбург, 26 жовтня 2015 р. CDL-AD(2015)027 <<https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/visnovok%2026.pdf>> (дата звернення: 01.10.2019).

Петро Рудик

районні у містах, міські та міськрайонні суди, на *місцеві загальні окружні суди*, які утворюються в одному або декількох районах чи районах у містах, або у місті, або у районі (районах) і місті (містах). Місцевими господарськими судами передбачені окружні господарські суди, а місцевими адміністративними судами – окружні адміністративні суди (пункти 1, 2, 3 ст. 21).

Оновлені правові положення про місцеві суди відповідають європейським стандартам. Проте при їх реалізація необхідно ретельно враховувати конкретні ситуації, зокрема, щодо створення місцевих окружних судів та добору до них суддів і проведення конкурсу тощо. Відповідно до внесених змін до Конституції України від 2 червня 2016 р. (пп. 6 п. 16¹ розділу XV “Перехідні положення”) передбачалося:

<...> до впровадження нового адміністративно-територіального устрою України відповідно до змін до Конституції України щодо децентралізації влади, але не довше ніж до 31 грудня 2017 року, утворення, реорганізацію та ліквідацію судів здійснює Президент України на підставі та у порядку, що визначені законом⁷.

Це право колишній Президент України використав. Указами Президента України від 12 грудня 2017 р. № 412/2017, № 413/2017, від 29 грудня 2017 р. № 449/2017, № 450/2017, № 451/2017 та № 453/2017 було ліквідовано та реорганізовано 6 080 місцевих судів, а також утворено нові відповідні окружні суди⁸. При цьому варто зауважити, що укрупнення загальних судів першої інстанції в окружні суди може призвести до обмеження допуску пересічних громадян до правосуддя, роблячи його дорожчим і все менш доступним для людей. Тому слід враховувати розумну територіальну віддаленість окружного суду від кожної особи, яка проживає або перебуває в межах його юрисдикції, щільність населення територій, що планують об'єднувати, відстань від планованого місцезнаходження суду до найвіддаленішої точки округу, наявність транспортного сполучення в межах округу, навантаження у справах і матеріалах, інфраструктуру, раціональне використання нових і колишніх судових приміщень та приміщень освітніх і культурних установ тощо, щоб уникнути ризику застосування формального підходу при впровадженні нововведень.

На сучасному етапі судової реформи найважливішою і найгострішою проблемою судової влади є укомплектування місцевих судів суддівськими кадрами. Воно здійснювалося і здійснюється на конкурсній основі

www.pravoua.com.ua

⁷ Конституція України (н 2).

⁸ ‘Стосовно ситуації навколо конкурсу на посаду судді місцевого суду’ (Вища кваліфікаційна комісія суддів) <<https://vkksu.gov.ua/ua/news/stosowno-situacii-nawkolo-konkursu-na-posadu-suddi-misciewogosudu>> (дата звернення: 01.10.2019).

шляхом кваліфікаційного оцінювання суддів за критеріями компетентності, доброчесності та професійної етики. Кваліфікаційне оцінювання суддів відбувалося і відбувається дуже повільно. Так, на Пленумі Верховного Суду (травень 2019 р.) зазначалося, що кваліфікаційне оцінювання суддів в Україні, котре триває понад чотири роки (з 2015 р.), не пройшла і половина діючих в Україні суддів. Станом на початок 2019 р. за штатної чисельності у 7 200 суддів кваліфікаційне оцінювання успішно пройшов 2 151 діючий суддя, не завершеною була процедура кваліфікаційного оцінювання щодо 3 192 суддів. А на 1 квітня 2019 р. із 5 285 суддів лише 4 128 мали повноваження на здійснення правосуддя. Окрім цього, у 1 000 суддів сплинув п'ятирічний строк перебування на посаді судді і до того часу питання щодо подальшої роботи цих суддів не було вирішено⁹, а понад 2 000 суддів були звільнені з посад. Все це суттєво вплинуло на укомплектованість судів. Так, станом на червень 2019 р. в Україні 14 судів не здійснювали правосуддя у зв'язку з відсутністю суддів або повноважень у суддів здійснювати правосуддя, у 154 судах кількість суддів, що здійснювали правосуддя, становила менше 60 % від штатної чисельності¹⁰. Зростало і продовжує зростати навантаження справами на кожного суддю. У переважній більшості судів воно становить 2 500 справ на рік. Отже, гостра нестача суддів місцевих судів веде до їх перенасиченості судовими справами, погіршує оперативність та якість розгляду судових справ, знижує рівень захисту прав і свобод людини та громадянина. Такий стан призводить до виникнення серйозних проблем із забезпеченням реалізації принципу доступності громадян України до суду та забезпечення їх рішеннями суду протягом розумного строку.

Вважаємо, що центральна влада розуміє складність ситуації. Усвідомлюючи важливість укомплектування новоутворених місцевих судів кваліфікованими кадрами, Верховна Рада України у Законі України “Про внесення змін до Закону України ‘Про судоустрій і статус суддів’ та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування” передбачила необхідність прискорити добір суддів для місцевих судів. Вона встановила строк цієї роботи. У Законі (друге речення п. 2 “Прикінцеві та перехідні положення”) зазначається:

Вища кваліфікаційна комісія суддів України протягом двох місяців з дня формування її нового складу завершує процедуру добору кандидатів на

⁹ Олег Ткачук, ‘Пленум ВС має висловитися щодо нестачі суддівських кадрів у судах та проблем, що пов’язані із кваліфікаційним оцінюванням’ <<http://rsu.gov.ua/en/news/oleg-tkacuk-plenum-s-mae-vislovitisa-sodo-nestaci-suddivskih-kadriv-u-sudah-ta-problem-so-povazani-iz-kvalifocinuvannam>> (дата звернення: 01.10.2019).

¹⁰ ‘Спільна заява щодо ситуації в судовій системі голів ВС, ВРП, ВККСУ, РСУ, ДСА України, ректора НШСУ’ <<http://rsu.gov.ua/ua/news/spilna-zaava-sodo-situacii-v-sudovij-sistemi-goliv-vs-vrpkksursudsaukraini-rektora-nssu>> (дата звернення: 01.10.2019).

Петро Рудик

посаду судді місцевого суду, оголошеного рішенням Комісії від 3 квітня 2017 року № 28/зп-17¹¹.

Згідно з новою редакцією Закону України “Про судоустрій і статус суддів” другою ланкою системи судоустрою є *апеляційні суди*. Положення про них суттєво відрізняються від положень попередньої редакції своїм змістом. Відповідно до внесених змін до Конституції України тепер суди утворюються законом (Верховною Радою України), а не Президентом України, що обмежує його вплив на судові органи. Згідно з законом у складі апеляційного суду можуть утворюватися судові палати з розгляду окремих категорій справ. Очолює судову палату секретар, що обирається з числа суддів цього суду строком на три роки (у попередній редакції було на два роки). Проте вважаємо недоцільним виключення норми про неможливість судді бути секретарем судової палати у відповідному суді більш як два строки поспіль, оскільки це, на нашу думку, не сприяє створенню конкурентного середовища серед суддів у палаті.

Проте реформування апеляційних судів відбувається складно. Рівень апеляційної інстанції потребує значної уваги, оскільки тут акумулюється найбільша кількість спірних питань. Аналіз проблем судової системи на цьому рівні свідчить, що створені в ній нові інституції потребують свого подальшого закріплення і розвитку, гостро не вистачає суддівських кадрів, зростає кількість розглянутих справ на одного суддю, що затримує розгляд справ, зтягуються кваліфікаційні оцінювання суддів, що загалом негативно впливає на якість роботи судів. Дніпровський апеляційний суд, зокрема, направив до Вищої кваліфікаційної комісії суддів України (далі – ВККС) та Вищої ради правосуддя (далі – ВРП) звернення з приводу катастрофічної нестачі суддівських кадрів (станом на 12 лютого 2019 р.). За 2013–2018 рр. кількість суддів зменшилася з 86 до 35. До новоутвореного Дніпровського апеляційного суду переведено лише 25 суддів. Середня кількість розглянутих справ на одного суддю палати з розгляду кримінальних справ за три місяці роботи суду становить 347,2, а з розгляду цивільних справ – 118,3 (хоча річне навантаження на суддю – 183 справи), тому розгляд справ із жовтня 2018 р. призначався на березень–квітень 2019 р., не завершеним залишалося кваліфікаційне оцінювання восьми суддів попереднього суду. У зверненні зазначалося, що сумлінне та добросовісне ставлення до своїх професійних обов’язків з метою якісного та своєчасного розгляду справ у найкоротші строки

www.pravoua.com.ua

¹¹ Про внесення змін до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування: Закон України від 16 жовтня 2019 р. № 193-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/193-20/paran119>> (дата звернення: 01.10.2019).

призводило до емоційного, а отже, професійного вигорання і змушувало суддів звільнятися з роботи¹².

І все ж, долаючи труднощі, слід дотримуватися розумних строків розгляду справ, встановлених законодавством, із розумінням ставитися до громадян, що звертаються до суду. За результатами останніх досліджень стосовно рівня доступу громадян до правосуддя порівняно з європейськими країнами в Україні ситуація повільно покращується, тому необхідно рухатися в цьому напрямку, а судовим органам не лише порушувати проблемні питання, а й вирішувати їх. 9 серпня 2019 р. оголошено конкурс на зайняття 346 вакантних посад суддів в апеляційних судах¹³. Його необхідно якісно провести.

Скасувавши вищі спеціалізовані суди як суди касаційної інстанції з розгляду цивільних і кримінальних, господарських, адміністративних справ, котрі існували згідно з Законом України від 7 липня 2010 р. “Про судоустрій і статус суддів” (пункти 1, 2 ст. 31), змінами до Конституції України в червні 2016 р. законодавець передбачив *можливість створення нових вищих спеціалізованих судів з іншими повноваженнями*, а саме: як судів першої інстанції з розгляду окремих категорій справ. В Основному Законі держави була зафіксована нова норма: “Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди” (ч. 4 ст. 125). У Законі України від 2 червня 2016 р. “Про судоустрій і статус суддів” зі змінами, внесеними згідно з законом від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII, у системі судоустрою передбачені *вищі спеціалізовані суди як суди першої та апеляційної інстанції* з розгляду окремих категорій справ. Такими судами є Вищий суд з питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд (далі – ВАС), які розглядають справи, що віднесені до їхньої юрисдикції процесуальним законом (пункти 1, 2, 3 ст. 31). Водночас Закон України “Про судоустрій і статус суддів” вимагав, щоб Вищий суд з питань інтелектуальної власності був утворений та оголошений конкурс на посади суддів у ньому протягом 12 місяців з дня набрання чинності цим законом (п. 15 розділу XII). І Вищий суд з питань інтелектуальної власності був утворений Указом Президента України 29 вересня 2017 р. № 299/2017¹⁴. 30 вересня 2017 р. ВККС оголосила конкурс на зайняття 21 вакантної посади судді цього суду, а 5 жовтня 2018 р. – конкурс на зайняття дев’яти

¹² ‘Дніпровський апеляційний суд направив до ВККСУ та ВРП звернення з приводу актуальної проблеми – нестачі суддівських кадрів в апеляційному суді’ <<https://court.gov.ua/press/news/646189>> (дата звернення: 01.10.2019).

¹³ ‘Оголошено конкурс на зайняття вакантних посад суддів апеляційних судів: Вища кваліфікаційна комісія суддів України’ <<https://vkksu.gov.ua/ua/news/ogoloshieno-konkurs-na-zajniattia-wakantnich-posad-suddiw-arieliasijnich-sudiw>> (дата звернення: 01.10.2019).

¹⁴ Про утворення Вищого суду з питань інтелектуальної власності: Указ Президента України від 29 вересня 2017 р. № 299/2017 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/299/2017/conv>> (дата звернення: 01.10.2019).

Петро Рудик

вакантних посад суддів Апеляційної палати цього суду. Україні такий суд необхідний, оскільки впродовж року судами розглядається понад 1 500 справ про порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності. Спеціалізовані суди з інтелектуальної власності діють у багатьох країнах світу, зокрема, у США, Німеччині, Великій Британії, Китаї, Японії, Швейцарії та ін.¹⁵

Створення ВАС має свої особливості. У “Прикінцевих та перехідних положеннях” Закону України “Про судоустрій і статус суддів” зазначається, що ВАС утворюється та проведення конкурсу на посади суддів у цьому суді має бути оголошено протягом 12 місяців з дня набрання чинності законом, який визначає спеціальні вимоги до суддів цього суду (п. 16 розділу XII). 7 червня 2018 р. Верховною Радою України був прийнятий Закон України “Про Вищий антикорупційний суд”¹⁶, який визначив засади організації та діяльності ВАС, спеціальні вимоги до суддів цього суду та гарантії їхньої діяльності. А 21 червня 2018 р. Верховна Рада України прийняла Закон України “Про утворення Вищого антикорупційного суду”¹⁷.

Формуванням складу ВАС безпосередньо займалася ВККС. Вона 2 серпня 2018 р. оголосила конкурс на зайняття 39 вакантних посад суддів ВАС, а саме: на 27 посад суддів до ВАС та 12 посад суддів до його Апеляційної палати. Конкурс проводився відповідно до передбачених умов: статей 33, 69, 79, 81, 83–86, 88, п. 16 розділу XII “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, статей 7, 8 Закону України “Про Вищий антикорупційний суд” та Положення про проведення конкурсу на зайняття вакантної посади судді, затвердженого рішенням ВККС від 2 листопада 2016 р. № 141/зп-16. Пройдено всі його етапи. Кандидати пройшли необхідні випробування. Важливе місце у їхньому відборі займала Громадська рада міжнародних експертів (далі – ГРМЕ). За результатами спільних засідань ГРМЕ та ВККС із конкурсу вибули 42 сумнівні кандидати, а 71 кандидат перевірку ГРМЕ пройшов без зауважень. Після співбесід ВККС оголосила 39 переможців конкурсу (22 судді, 13 адвокатів та 4 науковців) із 342 кандидатів, що подали документи для участі в конкурсі. Вона надала рекомендації ВРП для призначення переможців конкур-

¹⁵ Конкурс до Вищого суду з питань інтелектуальної власності: Вища кваліфікаційна комісія суддів України <<https://vkksu.gov.ua/ua/konkurs-do-wierchownogo-sudu/konkurs-do-wishtchogo-sudu-z-pitan-intieliektualnoi-wlasnosti>> (дата звернення: 01.10.2019).

¹⁶ Про Вищий антикорупційний суд: Закон України від 7 червня 2018 р. № 2447-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 24. Ст. 212.

¹⁷ Про утворення Вищого антикорупційного суду: Закон України від 21 червня 2018 р. № 2470-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 29. Ст. 237.

су на посади суддів ВАС та його Апеляційної палати¹⁸. ВРП, в складі якої відповідно до рекомендацій Венеційської Комісії більшість становлять судді, згідно з Конституцією України (ч. 1 ст. 131) внесла подання про призначення на посаду судді Президенту України, який згідно з Конституцією (ч. 1 ст. 128) та в порядку, встановленому законом, призначив переможців конкурсу на посаду суддів ВАС. Таке призначення ним здійснювалося відповідно до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” і на підставі та в межах подання ВРП, без перевірки додержання встановлених цим Законом вимог до кандидатів на посаду судді та порядку проведення добору чи кваліфікаційного оцінювання кандидатів (ч. 1 ст. 80). Здійснення такої “церемоніальної ролі” Президентом України підтримала Венеційська Комісія, вказавши на те, що призначення суддів главою держави, який діє відповідно до пропозиції ВРП, має мету обмежити політичний вплив і партійний тиск на суддів (п. 27 Проміжного висновку). Таким чином був сформований ВАС, який розпочав свою роботу 5 вересня 2019 р.

Одним із найважливіших елементів судової реформи є ліквідація ВСУ і створення принципово нового *Верховного Суду у системі судоустрою України* (третьої й провідної ланки системи судоустрою), який набув чинності 15 грудня 2017 р. Так, якщо у попередній редакції Конституції України зазначалося, що ‘найвищим судовим органом у системі судів загальної юрисдикції є Верховний Суд України’ (ч. 2 ст. 125), то в новій редакції Конституції України 2016 р. – ‘Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України’ (ч. 3 ст. 125). Внесення змін до Основного Закону були спрямовані на оновлення змісту роботи і вдосконалення структури Верховного Суду, що передбачено і новою редакцією Закону України від 2 червня 2016 р. “Про судоустрій і статус суддів”. Ліквідувавши вищі спеціалізовані суди та включивши їх до Верховного Суду, закон модернізував зміст його діяльності і структуру. Верховний Суд став єдиним судом касаційної інстанції і залишається найвищим судом у системі судоустрою України, котрий забезпечує сталість і єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом (ч. 1 ст. 36).

Законом зі змінами та доповненнями закріплені *такі повноваження Верховного Суду*, які суттєво відрізняються від попередньої редакції. Його новими повноваження стали такі: він здійснює правосуддя як суд касаційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, – як суд першої або апеляційної інстанції, в порядку, встановленому процесуальним законом (п. 1 ч. 2 ст. 36) та забезпечує апеляційні та міс-

¹⁸ ‘ВККС назвала 39 переможців на посади до антикорсуду’ (*Українська правда*, 06.03.2019) <<https://www.pravda.com.ua/news/2019/03/6/7208506>> (дата звернення: 01.10.2019).

Петро Рудик

цеві суди методичною інформацією з питань правозастосування (п. 7 ч. 2 ст. 36 доповнено згідно з Законом від 12 липня 2018 р. № 2509-VIII). Водночас на нього покладені повноваження, які передбачалися попередньою редакцією закону.

Суттєвих змін зазнав склад Верховного Суду. Він змінювався двічі. Якщо за редакцією Закону України від 7 липня 2010 р. “Про судоустрій і статус суддів” склад Верховного Суду становив 48 суддів (ч. 1 ст. 39), то в редакції від 2 червня 2016 р. – не більше 200 суддів (ч. 1 ст. 37), а в редакції від 16 жовтня 2019 р. зменшився до не більше 100 суддів (ч. 1 ст. 37). Формування складу Верховного Суду відбувалося відповідно до Конституції і Закону України “Про судоустрій і статус суддів” та інших законів. Відбір суддів до його складу вперше відбувався на конкурсній основі. Під час конкурсу кандидати мали показати свою відповідність критеріям компетентності, професійної етики і доброчесності. Відбором та оцінюванням кандидатів займалися органи суддівського врядування – ВККС та ВРП, склад котрих становили переважно судді, щоб відбір кандидатів був позбавлений політичного впливу. ВККС і ВРП несуть повну відповідальність за якісний добір суддів. Для сприяння ВККС в оцінці доброчесності була утворена Громадська рада доброчесності (далі – ГРД), котра мала від громадськості впливати на процес добору суддів. Конкурс тривав майже рік (з листопада 2016 р. по листопад 2017 р.) У конкурсі крім суддів брали участь і науковці та адвокати (що є позитивним), які мали професійний стаж роботи не менше 10 років. Пройшли конкурсний відбір і склали присягу 193 судді із 196 можливих. Такий підхід до добору суддів заслуговує схвалення. Він вдосконалюється і Законом України від 16 жовтня 2019 р. № 193-IX, яким внесені зміни до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування.

Проте конкурс до Верховного Суду, як свідчить аналіз матеріалів про його проведення, не в усіх випадках відбувався достатньо чесно і прозоро, не завжди враховувалася думка громадськості. Конкурс часто викликав критику у частині конфліктів між ГРД та ВККС. Серед переможців конкурсу до нового Верховного Суду три чверті становили судді, чверть – адвокати і науковці. Проте серед суддів значно переважають колишні представники судової системи і незначний відсоток юристів (науковців та адвокатів) із-поза судової системи. На думку ГРД, близько чверті суддів Верховного Суду є “не доброчесними”, хоча таку оцінку має давати суд. Детальніший аналіз проблем і ключові уроки формування нового Верховного Суду подаються у деяких публікаціях експертів громадсь-

www.pavolra.com.ua

ких організацій і, зокрема, Центру політико-правових реформ, Фондації *DEJURE* та інших¹⁹, котрі заслуговують на увагу.

Докорінно змінилася структура Верховного Суду. Згадаємо, що відповідно до Закону України від 7 липня 2010 р. “Про судоустрій і статус суддів” за чотирирівневої системи судоустрою у ВСУ діяло чотири судові палати: 1) в адміністративних справах; 2) у господарських справах; 3) у кримінальних справах; 4) у цивільних справах. А до складу судової палати входили судді відповідної спеціалізації: адміністративної, господарської, кримінальної та цивільної (пункти 1–4 ч. 3 ст. 39). Згідно зі змінами, внесеними до Закону України від 2 червня 2016 р. “Про судоустрій і статус суддів”, за трирівневої системи судоустрою у складі Верховного Суду мають діяти Велика Палата Верховного Суду та чотири касаційних суди: а) Касаційний адміністративний суд; б) Касаційний господарський суд; в) Касаційний кримінальний суд; г) Касаційний цивільний суд (пункти 1–5 ч. 2 ст. 37). І до складу кожного касаційного суду мають входити судді відповідної спеціалізації (ч. 3 ст. 37).

Велика Палата Верховного Суду – це новий його структурний елемент, постійно діючий колегіальний орган Верховного Суду, до складу якого входить 21 суддя Верховного Суду (ч. 1 ст. 45).

Позитивно оцінюючи прагнення українського законодавця забезпечити певний ступінь єдності судової практики в Україні, об’єднавши касаційні суди та створивши Велику Палату для усунення потенційних відмінностей у практиці між “судами” в межах нового Верховного Суду, Організація з безпеки і співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) у Висновку ОБСЄ/Бюро демократичних інститутів та прав людини (далі – БДПЛ) щодо Закону України від 30 червня 2017 р. “Про судоустрій і статус суддів” водночас наголосила на необхідності створення детального процесуального законодавства, яке регулювало б функціонування нової системи, зокрема стосовно процесу у Верховному Суді, та якісного змісту його процесуальних законів (п. 35 висновку). ОБСЄ (п. 36 висновку) зазначила:

Вкрай важливо, аби такі процесуальні норми допомогли уникнути “квазі-чотирирівневої” внутрішньої системи, за якої всі оскарження можна було б направляти до Великої Палати, оскільки це призвело б до перенавантаження нової Великої Палати та затримок. Водночас Велика Палата повинна мати достатні повноваження та компетенцію для розв’язання

¹⁹ Р Куйбіда та інші, *Формування нового Верховного Суду: ключові уроки* <http://pravo.org.ua/img/books/files/1518518656formuvannya%20novogo%20vs_klyuchovi%20uroki.pdf> (дата звернення: 01.10.2019); “Новий Верховний суд на три четверті складатиметься із суддів – результати конкурсу” (*Уніан*, 28.07.2017) <<https://www.unian.ua/politics/2054359-noviy-verhovniy-sud-na-tri-chetverti-skladatimetsya-iz-suddiv-rezultati-konkursu.html>> (дата звернення: 01.10.2019).

Петро Рудик

дійсно принципових розбіжностей у правових позиціях касаційних судів у складі Верховного Суду. Для того щоб уникнути юрисдикції четвертої інстанції та водночас забезпечити досягнення і підтримання єдності судової практики, Закон і будь-які процесуальні закони, ухвалені на його імплементацію, могли б запровадити додаткові механізми, наприклад, систему дозволу на апеляцію (тобто дозволу Великої Палати на оскарження), та обмежити оскарження до Великої Палати лише тими справами, що стосуються принципових питань або мають особливу суспільну вагу, або коли заявник зазнав кричущої несправедливості²⁰.

Нова редакція Закону України 2 червня 2016 р. “Про судоустрій і статус суддів” передбачає *утворення у кожному касаційному суді Верховного Суду судових палат* із розгляду окремих категорій справ з урахуванням спеціалізації суддів. Кількість та спеціалізація таких палат визначаються рішенням зборів суддів касаційного суду з урахуванням судового навантаження у кожному касаційному суді та обов’язкового врахування особливостей формування Касаційного адміністративного суду і Касаційного господарського суду (ч. 4 ст. 37).

Проте необхідно, як зазначають відомі вчені, дотримуватися наукового підходу при визначенні правового регулювання загалом і діяльності судових палат касаційних судів Верховного Суду зокрема. Так, А. Селіванов підкреслює:

Очевидним є те, що правосуддя у кожній справі має особливість і повинно позбутися спрощеного підходу, викладення обставин без аналізу матеріального права. Слід відмовитися, особливо в Касаційних палатах Верховного Суду, від суддівських штампів у мотивуванні обставин судових актів. Ми стверджуємо, що при кожній Касаційній палаті, а також в суді щодо захисту інтелектуальних прав повинні існувати, як раніше, Науково-консультативні ради, що складаються з відомих учених-правознавців²¹.

Поряд із цим зауважимо, що відповідно до Закону України від 16 жовтня 2019 р. № 193-IX “Про внесення змін до Закону України ‘Про судоустрій і статус суддів’ та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування” та нормативного скорочення складу Верховного Суду з 200 до 100 суддів, передбачене нове формування складу Верховного Суду, зокрема його касаційних судів. Спочатку ВРП на конкурсній основі має сформувати новий склад ВККС і затвердити персональний

www.pravoua.com.ua

²⁰ Висновок щодо Закону України “Про судоустрій і статус суддів”: Висновок ОБСЄ/БДПІЛ № JUD-UKR/298/2017[RJU/AT] Варшава, 30 червня 2017 р. <https://www.legislationline.org/download/id/7366/file/298_JUD_UKR_30June2017_ukr.pdf> (дата звернення: 01.10.2019).

²¹ Селіванов (н 1) 4.

склад Комісії з питань доброчесності та етики (п. 3 розділ II “Прикінцеві та перехідні положення”), до складу якої входять три члени ВРП і три особи з числа міжнародних експертів (ст. 281). Далі ВККС протягом двох місяців з дня формування її нового складу проводить відбір суддів до касаційних судів у складі Верховного Суду з числа суддів відповідних касаційних судів Верховного Суду за критеріями професійної компетентності, етики та доброчесності (п. 5). Передбачено, що судді Верховного Суду, котрі не пройдуть процедури відбору, можуть бути переведені до відповідних апеляційних судів з урахуванням рейтингу, сформованого за результатами відбору (п. 7). До завершення конкурсу і моменту прийняття відповідного рішення ВРП судді касаційних судів продовжують здійснювати правосуддя у межах повноважень, визначених процесуальним законом. Останній день роботи судді, який не пройшов процедуру відбору за критеріями професійної компетентності, етики та доброчесності, визначається рішенням ВРП (п. 6)²².

У Верховному Суді діє його *Пленум*. Це колегіальний орган, до складу якого входять усі судді Верховного Суду (ч. 1 ст. 46)²³. Це найвища в Україні судова та організаційно-методологічна інстанція системи судустрою. Пленум Верховного Суду проводиться для вирішення питань, визначених Конституцією та Законом України “Про судоустрій і статус суддів”. Він не здійснює правосуддя, а забезпечує правильне й однакове застосування законів судами, дає роз’яснення і тлумачення норм права за допомогою прийняття постанов. Порядок його діяльності визначається Законом України “Про судоустрій і статус суддів” (ч. 8 ст. 37).

Згідно з Законом України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII “Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів” Закон України “Про судоустрій і статус суддів” доповнений новими положеннями, згідно з якими Пленум Верховного Суду набув таких нових повноважень: по-перше, з метою забезпечення однакового застосування норм права при вирішенні окремих категорій справ узагальнює практику застосування матеріального і процесуального законів, систематизує та забезпечує оприлюднення правових позицій Верховного Суду з посиланням на судові рішення, в яких вони були сформульовані; по-друге, за результатами аналізу судової статистики та узагальнення судової практики надає

²² Про внесення змін до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування (н 11).

²³ Про судоустрій і статус суддів (н 4).

Петро Рудик

роз'яснення рекомендаційного характеру з питань застосування законодавства при вирішенні судових справ (пункти 101, 102 ч. 2 ст. 46)²⁴.

Такою є нова система судоустрою України, види її судів, їхній склад і повноваження. Для її успішної роботи необхідно створити *відповідні умови, забезпечити єдність дій її складових*. У Законі України “Про судоустрій і статус суддів” у новій редакції передбачені чинники, що забезпечують її єдність. Ними є: 1) єдині засади організації та діяльності судів; 2) єдиний статус суддів; 3) обов'язковість для всіх судів правил судочинства, визначених законом; 4) єдність судової практики; 5) обов'язковість виконання на території України судових рішень; 6) єдиний порядок організаційного забезпечення діяльності судів; 7) фінансування судів виключно з Державного бюджету України; 8) вирішення питань внутрішньої діяльності судів органами суддівського самоврядування (ч. 4 ст. 17).

Важливим елементом у боротьбі за забезпечення незалежності судів, за деполітизацію судової влади, ліквідацію впливу на неї органів законодавчої і виконавчої влади, їх посадових осіб, тиску політичних сил є *змінa в Основному Законі держави суб'єктів утворення і ліквідації судів*. За попередньої редакції Конституції України суди утворював Президент України відповідно до визначеного законом порядку (п. 23 ч. 1 ст. 106). Закон України від 7 липня 2010 р. “Про судоустрій і статус суддів” фіксував, що суди загальної юрисдикції утворюються, зокрема й шляхом реорганізації, та ліквідовуються Президентом України на підставі пропозиції Державної судової адміністрації України (ч. 1 ст. 19). Нині в Основному Законі держави закріплено положення, згідно з яким суд утворюється, реорганізовується і ліквідовується законом, тобто Парламентом України, проєкт якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з ВРП (ч. 2 ст. 125). Тепер питання системи й структури судової влади входить до компетенції Верховної Ради України за звичайною процедурою. Таке обмеження повноважень Президента України щодо ухвалення рішень про утворення й ліквідацію судів здійснено відповідно до рекомендацій Венеційської Комісії. Схваливши процедуру утворення і ліквідації судів, Комісія водночас для полегшення практичної реалізації цього процесу вважала за доцільне, щоб Президент направляв пропозиції до Парламенту України не “за пропозицією” ВРП, а “після консультації” з нею (пункти 8, 9 Висновку № 803/2015 від 26 жовтня 2015 р.), що враховано Верховною Радою України при прийнятті закону. Отже, нині провідну роль у процесі утворення, реорганізації та ліквідації судів відіграють Парламент України і ВРП – цей колегіальний, незалеж-

www.pravoua.com.ua

²⁴ Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 48. Ст. 436.

ний конституційний орган державної влади та суддівського врядування, у складі якого більшість становлять судді і котрий надає обов'язкові до розгляду консультативні висновки щодо законопроектів з питань утворення, реорганізації чи ліквідації судів (п. 1 ст. 1, п. 15 ст. 3)²⁵.

Проте з боку громадських організацій, їхніх експертів ВРП загалом та її деяким членам неодноразово вказувалося на серйозні недоліки в роботі, що стосувалися очищення суддівського корпусу, його оновлення, за що відповідальні згідно зі своїми повноваженнями не лише ВККС, що здійснювала оцінювання кандидатів, а й ВРП, яка вносила подання про призначення суддів на посади. За результатами двох хвиль добору суддів до складу Верховного Суду увійшли, як зазначається в пояснювальній записці до альтернативного законопроекту № 1008-1, переважно особи, які раніше були суддями вищих судів або до яких наявні обґрунтовані сумніви в їхній відповідності критеріям професійної етики та доброчесності²⁶. Тому Президент України виступив з ініціативою замінити і зміцнити склад ВРП новими суддями шляхом проведення відкритого конкурсу з їх добору та поліпшити її роботу. Це було зроблено на законодавчому рівні. У Законі України від 16 жовтня 2019 р. “Про внесення змін до Закону України ‘Про судоустрій і статус суддів’ та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування” підвищені вимоги до професійної компетентності, етики і доброчесності членів ВРП, які мають бути зразковими в житті і в своїй діяльності, зокрема, доброчесними у виконанні покладених на них обов'язків, у дотриманні етичних стандартів поведінки під час своєї діяльності та поза її межами. Закон розширив повноваження ВРП щодо добору і кваліфікаційного оцінювання кандидатів на посаду судді, призначення та звільнення з посад членів ВККС та членів ВРП, ухвалення рішення про зупинення повноважень члена ВРП (ч. 1 ст. 3, частини 6, 7 ст. 20, п. 3 ч. 1 ст. 24) тощо. Передбачена і нова процедура звільнення члена ВРП, котре проводиться на спільному засіданні ВРП та Комісії з питань доброчесності й етики більшістю голосів за умови, що за таке рішення проголосує принаймні два із трьох міжнародних експертів – членів Комісії (ч. 3 ст. 24)²⁷.

Водночас Президент України для врегулювання питання стосовно проведення відкритого конкурсу з добору кандидатів до ВРП і призначення їх як членів ВРП відповідно до Конституції України (ч. 2 ст. 131)

²⁵ Про Вищу раду правосуддя: Закон України від 21 грудня 2016 р. № 1798-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 7-8. Ст. 50.

²⁶ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування” від 6 вересня 2019 р. № 1008-1 <http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/GI00417A.html> (дата звернення: 01.10.2019).

²⁷ Про внесення змін до Закону України “Про судоустрій і статус суддів” та деяких законів України щодо діяльності органів суддівського врядування (н 11).

Петро Рудик

та на виконання Закону України “Про Вищу раду правосуддя” прийняв Указ, яким затвердив Положення про проведення відкритого конкурсу, утворив Комісію щодо його проведення та затвердив її склад. Конкурс проводитиметься в три етапи: 1) відбір кандидатів на основі поданих документів для проведення співбесід; 2) проведення співбесід із відібраними кандидатами та визначення за результатами співбесід переліку осіб, стосовно яких проводиться спеціальна перевірка відповідно до закону; 3) визначення кандидатів, які рекомендуються для здійснення Президентом України призначення членів ВРП²⁸.

Зміцнення ВРП новими її членами, модернізація її роботи має позитивно вплинути і на подальше вдосконалення діяльності судів, їх реконструкцію в майбутньому у контексті децентралізації влади і зміни територіально-адміністративного устрою та творчого застосування законодавства у сфері системи судоустрою України, зокрема й Закону України “Про судоустрій і статус суддів”. Він закріпив низку положень про порядок утворення і ліквідації суду, а саме: суд утворюється і ліквідовується законом; проєкт закону про утворення чи ліквідацію суду вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з ВРП; місцезнаходження, територіальна юрисдикція і статус суду визначаються з урахуванням принципів територіальності, спеціалізації та інстанційності; підставами для утворення чи ліквідації суду є зміна визначеної Законом України “Про судоустрій і статус суддів” системи судоустрою, необхідність забезпечення доступності правосуддя, оптимізації видатків державного бюджету або зміна адміністративно-територіального устрою; утворення суду може відбуватися шляхом створення нового суду або реорганізації (злиття, поділу) судів; кількість суддів у суді визначає Державна судова адміністрація України за погодженням із ВРП з урахуванням судового навантаження та в межах видатків, визначених у Державному бюджеті України на утримання судів та оплату праці суддів; максимальна кількість суддів Верховного Суду встановлюється Законом України “Про судоустрій і статус суддів” (нині не більше 100); суд є юридичною особою, якщо інше не визначено законом (пункти 1–8 ст. 19).

Висновки. Отже, аналіз основних внесених змін до Конституції і Закону України “Про судоустрій і статус суддів” та інших нормативних актів у частині правосуддя засвідчує, що реформування конституційно-правових засад системи судоустрою України здійснюється з урахуванням сучасних міжнародних і європейських стандартів, рекомендацій, висновків Венеційської Комісії та Висновку ОБСЄ/БДППЛ щодо Закону України

www.pravoua.com.ua

²⁸ Питання добору кандидатів для здійснення Президентом України призначення членів Вищої ради правосуддя: Указ Президента України від 30 жовтня 2019 р. № 785/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/785/2019>> (дата звернення: 01.10.2019).

від 30 червня 2017 р. “Про судоустрій і статус суддів”. Внесені зміни спрямовані на модернізацію системи судоустрою України, його деполітизацію. Такий підхід має сприяти поліпшенню доступу громадян України до правосуддя, посиленню незалежності судової влади, боротьбі з корупцією в судовій системі й приведенню системи судоустрою у відповідність до потреб суспільства та міжнародних і європейських стандартів. І все ж, як зауважує ОБСЄ, деякі положення закону потребують перегляду, існує необхідність створення детального процесуального законодавства. Окрім законодавчого реформування необхідне подальше вдосконалення практики здійснення правосуддя, зокрема, зміни суддівської культури, взаємодії між гілками влади, здійснення регулярного аналізу проведення судової реформи та активного регулювання відповідно до його висновків. На необхідність активізації здійснення судової реформи вказав і Президент України В. Зеленський (2 вересня 2019 р.) Він зауважив, що ‘ми не отримали перезавантаження судової влади і її оновлення’, що ‘лише рішучими заходами можна змусити виконати закон’, що очищення судової влади ‘повинно стосуватися всіх, передусім суддів вищих інстанцій. А суди перших інстанцій повинні бути наповнені новими суддями’²⁹.

Чітку позицію щодо стану проведення судової реформи займає і більша частина провідних учених-правознавців України. У відкритому листі до Президента України вони загострюють увагу на тому, що в ‘системі українського судоустрою існує небезпека для позитивних перспектив переходу до якісного правосуддя’. Це, зі свого боку, негативно впливає на інвестиційну політику держави та довіру суспільства до органів правосуддя. Вчені вказують на необхідність

невідкладного кадрового оновлення судів першої та апеляційної інстанцій, розробки нової концепції на принципах безпосередньої участі Українського народу (територіальних громад, органів місцевого населення та самоврядних виборчих органів) у формуванні близьких до населення судів, зокрема введення до судової системи окремої ланки мирових суддів³⁰.

Вони пропонують скликати Першу Всеукраїнську конференцію вчених і практиків, засадничою метою якої є: дати рух системному осмисленню змісту чинної Конституції України і виробити науково-практичні результати, котрі можуть стати орієнтиром для виділення пріоритетів у досягненні всіх складових конституційного реалізму³¹. Така ініціатива вчених, на нашу думку, заслуговує підтримки і реального втілення на практиці.

²⁹ ‘У нас унікальний шанс – провести всі необхідні реформи’ *Голос України* (3 вересня 2019) 1-2.

³⁰ А Селіванов та інші, ‘Відкритий лист – Звернення особливого суспільного значення’ *Голос України* (29 серпня 2019) 7.

³¹ Там само.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Khotynska-Nor O, *Teoriia i praktyka sudovoi reformy v Ukraini [Theory and Practice of the Judicial Reform in Ukraine]* (Alerta, Pravova yednist 2016) (in Ukrainian).
2. Kuibida R ta inshi, *Formuvannia novoho Verkhovnoho Sudu: kliuchovi uroky [Forming of the New Supreme Court: Key Lessons]* <http://pravo.org.ua/img/books/files/1518518656formuvannya%20novogo%20vs_klyuchovi%20uroki.pdf> (accessed: 01.10.2019) (in Ukrainian).
3. *Sudova reforma v Ukraini: realii ta perspektyvy: materialy naukovo-praktychnoi konferentsii 18 lystopada 2016 r. [Judicial Reform in Ukraine: Realities and Prospects: Materials of Scientific and Practical Conference of 18.11.2016]* (Instytut zakonodavstva Verkhovnoi Rady Ukrainy 2017) (in Ukrainian).

Edited books

4. Maliarenko V, 'Sudoustrii' ['System of Judiciary'] v Shemshuchenko Yu holov red, *Yurydychna entsyklopediia [Encyclopedia of Law], t 5* (Vyd-vo "Ukrainska entsyklopediia" imeni M P Bazhana 2003) 717-8.

Journal articles

5. 'Konstytutsiyni protses: potochnyi rezultat, ryzyky i perspektyvy: Analitychna dopovid Tsentru Razumkova' ['The Constitutional Process: Current Result, Risks and Prospects: Analytical Report by the Razumkov Center'] (2016) 5-6 Natsionalna bezpeka i oborona 3-52 (in Ukrainian).
6. 'Utverdzhennia yevropeiskoi modeli sudochynstva i verkhovenstva prava – priorityety sudovoi reformy ta vidnovlennia suspilnoi doviry do sudiv v Ukraini: intervii uchastykiv forumu – zhurnalu "Pravo Ukrainy"' ['Establishment of the European Judicial Model and the Rule of Law – Priorities of the Judicial Reform and Rebuilding of Public Trust in Courts of Law in Ukraine: Interview by Participants of the Forum – Journal "Law of Ukraine"] (2014) 11 Pravo Ukrainy 74-135 (in Ukrainian).
7. Horodovenko V, 'Realizatsiia pryntsyphu verkhovenstva prava u tsyvilnomu sudochynstvi v umovakh reformuvannia pravosuddia' ['Implementation of the Rule of Law Principle in Civil Court Procedure in the Context of Reforms of Justice'] (2018) 3 Pravo Ukrainy 65-78 (in Ukrainian).
8. Krusian A, 'Konstytutsiina yustytsiia ta konstytutsiini peretvorennia v Ukraini' ['Constitutional Justice and Constitutional Transformations in Ukraine'] (2016) 1 Ukrainskyi chasopys konstytutsiinoho prava 31-6 (in Ukrainian).
9. Moskvych L, 'Dovira do sudu: stan ta instrumenty vplyvu' ['Trust in the Court of Law: Current Situation and Instruments of Influence'] (2018) 3 Pravo Ukrainy 9-25 (in Ukrainian).
10. Prylutskyi S, 'Sud yak pershoosnova predmeta sudovoho prava Ukrainy' ['Court as the Key Pillar of the Subject Matter of Judicial Law in Ukraine'] (2018) 3 Pravo Ukrainy 26-51 (in Ukrainian).
11. Shcherbaniuk O, 'Indyvidualna konstytutsiina skarha yak zasib zabezpechennia konstytutsiinoi demokratii' ['Individual Constitutional Complaint as a Means of Ensuring Constitutional Democracy'] (2018) 12 Pravo Ukrainy 77-91 (in Ukrainian).
12. Shemshuchenko Yu, 'Sudova reforma v Ukraini u svitli yevropeiskoho dosvidu: konstytutsiynyi aspekt' ['Judicial Reform in Ukraine in the Light of the European

Experience: the Constitutional Aspect'] [2016] 6(33) Chasopys tsyvilnoho i kryminalnoho sudochynstva 48-9 (in Ukrainian).

Conference papers

13. 'Suchasni vyklyky ta aktualni problemy sudovoi reformy v Ukraini: materialy II Mizhnarodnoi naukovo-praktychnoi konferentsii' ['Modern Challenges and Topical Issues of the Judicial Reform in Ukraine: Materials of the Second International Scientific and Practical Conference'] (Shcherbaniuk O holova redkol, 2018) (in Ukrainian).

Newspapers

14. 'U nas unikalnyi shans – provesty vsi neobkhidni reformy' ['We Have a Unique Chance – to Make All of the Necessary Reforms'] Holos Ukrainy (3 veresnia 2019) 1-2 (in Ukrainian).
15. Selivanov A ta inshi, 'Vidkryty lyst – Zvernennia osoblyvoho suspilnoho znachennia' ['Open Letter – Appeal of Special Public Importance'] Holos Ukrainy (29 serpnia 2019) 7 (in Ukrainian).
16. Selivanov A, 'Sudova vlada maie proity reformu ponovlennia svoho avtorytetu i doviry' ['The Judiciary Should Undergo a Reform to Rebuild the Credibility and Trust in It'] Holos Ukrainy (7 lystopada 2017) 4 (in Ukrainian).

Websites

17. 'Dniprovskiy apeliatyyniy sud napravyyv do VKKSU ta VRP zvernennia z pryvodu aktualnoi problemy – nestachi suddivskykh kadriv v apeliatyynomu sudi' ['Dnipro Court of Appeal Submitted an Appeal to the High Qualification Commission of Judges of Ukraine and the High Judicial Council Regarding the Topical Issue – the Lack of Judicial Staff at the Court of Appeal'] <<https://court.gov.ua/press/news/646189>> (accessed: 01.10.2019) (in Ukrainian).
18. 'Novyi Verkhovnyi sud na try chetverti skladatymetsia iz suddiv – rezultaty konkursu' ['The New Supreme Court by Three Quarters Will Consist of Judges – Competition Results'] (*Unian*, 28.07.2017) <<https://www.unian.ua/politics/2054359-noviy-verhovniy-sud-na-tri-chetverti-skladatymetsia-iz-suddiv-rezultati-konkursu.html>> (accessed: 01.10.2019) (in Ukrainian).
19. 'Oholosheno konkurs na zainiattia vakantnykh posad suddiv apeliatyynykh sudiv: Vyshcha kvalifikatsiina komisiia suddiv Ukrainy' ['Competition for Vacant Positions of Appellate Court Judges Has Been Announced: High Qualification Commission of Judges of Ukraine'] <<https://vkksu.gov.ua/ua/news/ogoloshieno-konkurs-na-zainiattia-wakantnich-posad-suddiv-apeliatyynykh-sudiv>> (accessed: 01.10.2019) (in Ukrainian).
20. 'Spilna zaiava shchodo sytuatsii v sudovii systemi holiv VS, VRP, VKKSU, RSU, DSA Ukrainy, rektora NShSU' ['Joint Statement on the Situation in the Judicial System Regarding Chairmen of the Supreme Court, the High Judicial Council, the High Qualification Commission of Judges of Ukraine, the Council of Judges of Ukraine, the State Judicial Administration of Ukraine, and Rector of the National School of Judges of Ukraine'] <<http://rsu.gov.ua/ua/news/spilna-zaava-sodo-situacii-v-sudovij-sistemi-goliv-vs-vrpkksursudsa-ukraini-rektora-nssu>> (accessed: 01.10.2019) (in Ukrainian).
21. 'Stosovno sytuatsii navkolo konkursu na posadu suddi mistsevoho sudu' ['On the Situation around the Competition for the Position of Local Court Judge'] (*Vyshcha kvalifikatsiina komisiia suddiv*) <<https://vkksu.gov.ua/ua/news/stosowno-situacii-navkolo-konkursu-na-posadu-suddi-misciewogo-sudu>> (accessed: 01.10.2019) (in Ukrainian).

Петро Рудик

22. 'VKKS nazvala 39 peremozhtsiv na posady do antykorsudu' ['High Qualification Commission of Judges of Ukraine Named 39 Winners to Hold Positions at the Anti-Corruption Court'] (*Ukrainska pravda*, 06.03.2019) <<https://www.pravda.com.ua/news/2019/03/6/7208506>> (accessed: 01.10.2019) (in Ukrainian).
23. Tkachuk O, 'Plenum VS maie vyslovytysia shchodo nestachi suddivskykh kadriv u sudakh ta problem, shcho poviazani iz kvalifotsiniuvanniam' ['The Plenum of the Supreme Court Should Express Its Position Regarding the Lack of Judicial Staff in Courts and the Problems Associated with Qualification Assessment'] <<http://rsu.gov.ua/en/news/oleg-tkacuk-plenum-s-mae-vislovitisa-sodo-nestaci-suddivskih-kadriv-u-sudah-ta-problem-so-povazani-iz-kvalifocinuvannam>> (accessed: 01.10.2019) (in Ukrainian).

PETRO RUDYK

REFORMS OF THE CONSTITUTIONAL
AND LEGAL FRAMEWORK OF UKRAINE'S JUDICIARY SYSTEM
IN THE CONTEXT OF THE CONSTITUTIONAL REFORM OF 2016
AND INTERNATIONAL AND EUROPEAN REQUIREMENTS

ABSTRACT. In Ukraine, the regulatory framework for the functioning of the judiciary system is the newly revised Constitution of Ukraine, and other updated and newly adopted laws related to the constitutional reform of 2016, particularly, to issues of justice. The major challenges of the judicial reform in Ukraine have already become the focal point for scholars and scientists.

The purpose of the article is to make a comprehensive analysis of the main updated provisions of the Constitution and laws of Ukraine relating to the new judiciary system, the types of general jurisdiction courts, the composition of courts of new levels, and their powers ensuing from their place in the court system, in the context of today's constitutional reform in Ukraine and international standards. International requirements to the system of judiciary are set out in a number of international and European documents. According to these documents, amendments were made to the Constitution and the Law of Ukraine "On the Judicial System and the Status of Judges", new laws were adopted. Our country's judiciary system has undergone significant changes both in content and in form. Its content has been filled with provisions which largely correspond to international standards, as noted by the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE). The principles underlying the judiciary system have been expanded. Following the repeated insistence by the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), the transition has been made from a four-level judiciary system (local, appellate courts, higher specialized courts, the Supreme Court of Ukraine) to a three-level system (local courts, courts of appeal, the Supreme Court). The revised Law of Ukraine "On the Judicial System and the Status of Judges" eliminated the higher specialized courts and expanded the structure of the Supreme Court which now comprises the cassation courts that consider cases of the categories previously referred to the terms of reference of the higher specialized courts which existed within the framework of civil, criminal, administrative and economic law. This position of the Parliament of Ukraine was approved by the OSCE. For consideration of cases of certain categories, in the judiciary system the

www.pravda.com.ua

Supreme Anti-Corruption Court has been established, on a competitive basis, and operates now, and the competitive selection to the Supreme Court for Intellectual Property and its Chamber of Appeal is underway. Their authority is to consider cases referred to their jurisdiction by procedural law. The article describes the procedure of their establishment as the first- and appellate-level courts which consider cases of separate categories, as well as the structure and the specific features with which they are formed. The author emphasizes the importance of establishment of the Supreme Anti-Corruption Court, and the special role played in its establishment by the Public Council of International Experts.

One of the most essential elements of the judicial reform is the liquidation of the Supreme Court of Ukraine and the establishment of the new Supreme Court. Amendments to the Constitution of Ukraine improved its structure and updated the content of operation. Today, the Supreme Court is the only court of cassation. It remains the highest court in the judicial system of Ukraine which ensures the consistency and unity of court practice, and this was positively assessed by the OSCE. The powers of the Supreme Court have been expanded, a new composition has been formed in terms of quantity and quality, and there is the intent of its further update according to the amendments of October 16, 2019; the Court's structure has changed radically, the role of its Plenum has been enhanced, etc. In order to depoliticize and eliminate pressure on the judiciary and in accordance with the recommendations of the Venice Commission, the entity establishing and liquidating courts has been changed (currently, it is the Verkhovna Rada, not the President of Ukraine). While endorsing the positive elements of the reforms of the judiciary system, the OSCE noted in its Opinion of June 30, 2017 that some provisions of the Law on the Judicial System and the Status of Judges should be revised or further improved. The Commission emphasized the need to create detailed procedural legislation which would regulate the functioning of the new judiciary system.

The author notes that in the course of judicial reform, many problems have arisen: qualification assessment of the candidates for the position of judge is slow and not always transparent, the newly established local courts and courts of appeal are sorely lacking judicial staff, the case load of judges increases and this leads to the declining efficiency and quality with which cases are considered, and negatively affects the principle of citizens' access to justice. The author believes that amendments to the laws of Ukraine on the judicial system and the status of judges and the Supreme Council of Justice of October 16, 2019 will be conducive to improvement of the composition of the Supreme Court and judicial administration, etc.

KEYWORDS: Constitution of Ukraine; reforming; constitutional and legal framework; system; judiciary system; international and European standards.

ПРОКУРАТУРА УКРАЇНИ: ПИТАННЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ



Нана Бакаєнова

докторка юридичних наук, доцентка
завідувачка кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету “Одеська юридична академія”
(Одеса, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-7669-0576>
7777735@ukr.net

Олексій Свіда

кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету “Одеська юридична академія”
(Одеса, Україна)
ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-5805-3557>
svida-alexey@ukr.net



УДК 347.963 (477)

ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ ПРОКУРАТУРИ УКРАЇНИ У СВІТЛІ ЗАКОНОДАВЧИХ ЗМІН

АНОТАЦІЯ. Масштабні зміни у суспільному житті, які мають стати наслідком нового політичного курсу, спрямованого на подолання корупційних явищ та дисбалансу у діяльності правоохоронних органів, можливі за умови проведення системних реформ всієї правоохоронної системи. У 2019 р. зі зміною політичної влади після останніх президентських та парламентських виборів значно активізувався процес реформування у цій сфері. Водночас активна розробка нових законодавчих актів з питань реформування прокуратури вимагає ретельного їх дослідження з позицій теорії та практики, зарубіжного досвіду задля вироблення пропозицій і рекомендацій у цій сфері.

Метою статті є всебічний аналіз шляхів реформування прокуратури України, дослідження наукових джерел і відповідних законодавчих актів у зазначеній сфері та вироблення науково обґрунтованих пропозицій, спрямованих на удосконалення законодавства про прокуратуру та практики його застосування.

Наголошується, що однією з найважливіших проблем сьогодення прокуратури є чітке визначення її організаційної моделі, тобто місця цього правоохоронного органу в механізмі держави. У зв'язку з цим висловлено аргументи на користь позиції, що прокуратуру України слід віднести до такої моделі прокуратури, при якій вона має займати самостійне місце в системі правосуддя. Саме з цих позицій запропоновано оцінювати подальше реформування прокуратури України.

Проаналізовано Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури”, що був внесений до Верховної Ради України Президентом України В. Зеленським 29 серпня 2019 р. і прийнятий в остаточній редакції 19 вересня 2019 р., виділено його позитивні риси та дискусійні положення.

Позитивно оцінено пропозиції щодо розширення кола повноважень Генерального прокурора України; вдосконалення вимог до Генерального прокурора України, зокрема, встановлення вимоги вищої юридичної освіти та стажу роботи в галузі права; виключення необхідності реєстрації актів Генерального прокурора України в Міністерстві юстиції України тощо.

З критичних позицій оцінено новації щодо ліквідації військових прокуратур; ліквідації Національної академії прокуратури України та утворення замість неї Тренінгового центру прокурорів України; зупинення діяльності Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів та утворення кадрових комісій при Генеральній прокуратурі України та обласних прокуратурах.

Висловлено пропозиції щодо уточнення низки положень Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури”.

Зроблено висновок, що перманентний процес реформування прокуратури України нині отримав значне прискорення. Надано позитивну оцінку законодавчим ініціативам з удосконалення правоохоронної сфери. Водночас зауважено, що внесені зміни до Закону України “Про прокуратуру” потребують кореляції, беручи до уваги досвід функціонування правоохоронних органів в Україні та в європейських державах, тенденції розвитку правоохоронної діяльності у сучасному світі.

Ключові слова: прокуратура; повноваження Генерального прокурора України; військові прокуратури; Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів; добір прокурорів; реформування.

Після проголошення незалежності України й, особливо, після прийняття чинної Конституції, Україна визнала такі базові цінності демократичного суспільства, як поділ влади, верховенство права, пріоритет природних прав і свобод людини перед іншими соціальними цінностями тощо. Внесення значних змін до законодавства, спрямованих на практичне застосування цих принципів у діяльності судів і правоохоронних органів, сприяло поступовому наближенню організації та діяльності державних структур до стандартів європейського співтовариства. Останніми роками було реалізовано заходи щодо прискорення черго-

вого етапу судово-правової реформи шляхом прийняття нового Закону України “Про прокуратуру” (далі – Закон про прокуратуру)¹, внесення змін до Конституції України в частині здійснення правосуддя, відповідно до яких положення про прокуратуру були перенесені до розділу “Правосуддя” Основного Закону, цілком оновлено процесуальне законодавство у позакримінальній сфері.

Аналіз наукових досліджень з питань реформування прокуратури України вказує на те, що в юридичному середовищі немає одностайності у поглядах щодо напрямів удосконалення статусу прокуратури та прокурорів, водночас науковці єдині у тому, що цей процес потребує системності, виваженості та обґрунтованості. Проблеми організації та діяльності прокуратури, перспективи її реформування в умовах реалізації судово-правової реформи досліджувалися такими вітчизняними та зарубіжними вченими, як Є. Блажівський, Л. Грицаєнко, В. Долежан, Т. Дунас, Ю. Дьомін, Д. Д’ячков, Л. Європіна, П. Каркач, С. Ківалов, І. Козьяков, М. Косюта, А. Лапкін, О. Литвак, В. Малюга, І. Марочкін, О. Медведько, М. Мичко, Л. Москвич, І. Назаров, С. Подкопаєв, М. Погорецький, Ю. Полянський, С. Прилуцький, О. Проневич, Н. Рибалка, М. Руденко, Г. Серета, М. Стефанчук, В. Сухонос, О. Толочко, М. Якимчук та ін. Водночас активна розробка нових законодавчих актів з питань реформування прокуратури вимагає ретельного їх дослідження з позицій теорії та практики, зарубіжного досвіду задля вироблення пропозицій і рекомендацій у цій сфері.

Метою дослідження є всебічний аналіз шляхів реформування прокуратури України, вивчення наукових джерел і відповідних законодавчих актів у досліджуваній сфері та вироблення науково обґрунтованих пропозицій, спрямованих на удосконалення законодавства про прокуратуру та практики його застосування.

У юридичній літературі слушно висловлювалася думка, що події останнього часу примушують серйозно замислитись над пошуками комплексного вирішення проблем модернізації політичної і державно-правової систем України. Очевидно, минули ті часи, коли ми могли собі дозволити в чомусь не сприймати досвід передових європейських, і не лише європейських, країн, зберігаючи традиції та принципи не лише радянської, а й післярадянської епох. Зараз в умовах, коли Україна уклала повноцінну Угоду про асоціацію з Європейським Союзом, така позиція стає абсолютно безперспективною. Це стосується і прокурор-

¹ Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18>> (дата звернення: 15.10.2019).

ської системи України². З моменту прийняття чинного Закону про прокуратуру 20 разів до нього вносилися зміни, чотири з яких – у 2018 р. та два – у 2019 р., що вказує на постійний пошук законодавцем можливих шляхів вдосконалення організації та діяльності прокуратури, визначення її оптимальної структури, функцій, посилення гарантій незалежності прокурорів тощо. У 2019 р. зі зміною політичної влади після останніх президентських і парламентських виборів значно активізувався процес реформування правоохоронної системи України, що викликало суттєве поживлення законопроектної діяльності в цій сфері.

Однією з найважливіших сучасних проблем прокуратури є чітке визначення її організаційної моделі, тобто місця цього правоохоронного органу в механізмі держави. В європейських країнах існують чотири основні моделі прокуратури: 1) держави, де прокуратура входить до складу міністерства юстиції, хоча при цьому може належати до органів правосуддя і діяти при судах, а прокурори – належати до суддівського корпусу (“магістрату”); 2) держави, де прокуратура повністю входить до складу судової системи та працює при судах або у межах судової влади має адміністративну автономію; 3) держави, де прокуратура виокремлена в самостійну систему і підзвітна парламенту чи главі держави; 4) держави, де прокуратури або її прямого аналога взагалі не існує³.

Нині у світі немає такої моделі прокуратури, яку можна було б визнати єдиним та ідеальним варіантом, вартим поширення у кожній країні. Це обумовлено історичними, культурними, правовими традиціями та багатьма іншими факторами, які обумовлюють формування тієї чи іншої моделі організації та діяльності прокуратури.

Важливим етапом реформування прокуратури в Україні стало прийняття Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”⁴, який набрав чинності 30 вересня 2016 р. Зокрема, відповідно до нього змінився конституційно-правовий статус прокуратури України: розділ “Прокуратура” Конституції України був вилучений, а положення, присвячені прокуратурі, були включені до розділу “Правосуддя”. Отже, є підстави зробити висновок про наближення прокуратури України до судової гілки влади. Погоджуємося з висновком О. Хорсуненка про те, що прокуратуру України можна віднести до такої моделі прокуратури, де вона посяде самостійне місце в системі правосуддя, яка є характерною для Австрії, Німеччини, Нідерландів, Румунії, Франції. У цій моделі прокуратура є організаційно відособленою від органів

² С. Ківалов, ‘На порозі оновлення прокурорської системи України’ (2014) 1 Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України 198.

³ Є Попович, *Шляхи розвитку прокуратури України: монографія* (Торнад 2009) 35.

⁴ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України 2 червня 2016 р. № 1401-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532.

правосуддя та незалежною при здійсненні повноважень⁵. Вважаємо, що саме з цих позицій повинно оцінюватися подальше реформування прокуратури України та відповідні законопроекти.

Серед важливих законодавчих новел, що стосуються розвитку інституту прокуратури, слід, насамперед, виділити Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури” (далі – Закон № 113-ІХ)⁶, проект якого був внесений до Верховної Ради України Президентом України В. Зеленським 29 серпня 2019 р. № 1032 (далі – Проект № 1032)⁷ і був прийнятий в остаточній редакції 19 вересня 2019 р. У Пояснювальній записці до цього законопроекту, з метою обґрунтування доцільності його прийняття, було вказано:

Внаслідок цього сьогоднішня модель функціонування органів прокуратури є незадовільною ані з точки зору рівня підтримки її суспільством, ані з точки зору належного рівня виконання прокурорами своїх повноважень. Так, за даними соціологічного опитування, проведеного Центром Разумкова, станом на лютий 2019 року повністю довіряло органам прокуратури лише 2,1 % населення, а повністю не довіряло – 34,8 %. Таким чином, подальше реформування органів прокуратури можливе лише за умови здійснення першочергових заходів із проведення оцінки відповідності діючих прокурорів критеріям професійної компетентності, доброчесності та професійної етики. А також за умови надання можливостей для інших кандидатів, які мають відповідну підготовку, займати посади у прокуратурах всіх рівнів⁸.

Законом № 113-ІХ передбачаються значні зміни до Закону про прокуратуру, які можуть бути по-різному оцінені теоретиками та практиками.

Насамперед, позитивно слід оцінити пропозицію розширити повноваження Генерального прокурора України, надавши йому право затверджувати акти з питань внутрішньої організації діяльності органів прокуратури, зокрема й електронного документообігу; стратегію розвитку прокуратури; систему оцінювання якості роботи прокурорів, а також

⁵ О Хорсуненко, ‘Прокуратура України та країн-членів Європейського Союзу: порівняльне дослідження’ (автореф дис канд юрид наук, 2019) 9-10.

⁶ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури: Закон України від 19 вересня 2019 р. № 113-ІХ. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 42. Ст. 238.

⁷ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури: проект Закону України від 29 серпня 2019 р. № 1032 <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66266&pf35401=490816>> (дата звернення: 15.09.2019).

⁸ Пояснювальна записка до проекту Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури” від 29 серпня 2019 р. № 1032 <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66266&pf35401=492819>> (дата звернення: 15.09.2019).

порядок вимірювання та регулювання навантаження на прокурорів (ч. 1 ст. 9 Проекту № 1032).

Такі законодавчі положення набувають особливого значення через те, що раніше питання розробки, впровадження та офіційного оприлюднення для широкого загалу стратегії розвитку прокуратури чомусь залишалися переважно поза увагою її керівників, хоча вироблення подібних документів останнім часом стало звичайною практикою для керівників правоохоронних органів. Зокрема, Законом України “Про Національну поліцію”⁹ на Міністра внутрішніх справ України покладено обов’язок затверджувати стратегічні програми діяльності та визначати пріоритетні напрями роботи поліції, шляхи виконання покладених на неї завдань, затверджувати плани її роботи (п. 3 ч. 1 ст. 16). У частині 3 ст. 12 Закону України “Про Державне бюро розслідувань” закріплено:

Після призначення на посаду Директор Державного бюро розслідувань зобов’язаний не пізніше 30 днів з дня призначення на посаду підготувати стратегічну (на п’ять років) програму діяльності Державного бюро розслідувань.

Програма діяльності Державного бюро розслідувань, повинна містити, серед іншого:

- 1) завдання, які необхідно виконати;
- 2) обсяг і послідовність реалізації завдань Державного бюро розслідувань;
- 3) заходи співпраці з громадськістю;
- 4) пріоритети роботи;
- 5) критерії виконання/невиконання визначених завдань і пріоритетів¹⁰.

На нашу думку, аналогічними вимогами повинен бути доповнений і Закон № 113-ІХ. Вартими запровадження також видаються положення Закону України “Про Державне бюро розслідувань” щодо обов’язковості звітування про хід виконання Стратегії розвитку.

Останнім часом чи не найбільшу увагу з боку народних депутатів привернуло питання визначення вимог до Генерального прокурора України. Нагадаємо, відповідно до ч. 3 ст. 40 у редакції, чинній до внесення змін до Закону про прокуратуру від 19 вересня 2019 р., на посаду Генерального прокурора України міг бути призначений громадянин України, який:

- 1) має вищу освіту та стаж роботи в галузі права або досвід роботи у законодавчому та/або правоохоронному органі не менше п’яти років;

⁹ Про Національну поліцію: Закон України від 2 липня 2015 р. № 580-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 40-41. Ст. 379.

¹⁰ Про Державне бюро розслідувань: Закон України від 12 листопада 2015 р. № 794-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 6. Ст. 55.

- 2) володіє державною мовою;
- 3) має високі морально-ділові, професійні якості та організаторські здібності;
- 4) стосовно якого відсутні обставини, передбачені ч. 6 ст. 27 Закону [Зокрема, не може бути призначена на посаду прокурора особа, яка: визнана судом обмежено дієздатною або недієздатною; має захворювання, що перешкоджає виконанню обов'язків прокурора; має незняту чи непогашену судимість або на яку накладалося адміністративне стягнення за вчинення корупційного правопорушення];
- 5) та не має заборгованості зі сплати аліментів на утримання дитини, сукупний розмір якої перевищує суму відповідних платежів за шість місяців з дня пред'явлення виконавчого документа до примусового виконання¹¹.

Аналіз поданих до Верховної Ради України останнім часом законопроектів свідчить, що найбільша увага серед вимог до Генерального прокурора України була зосереджена саме навколо визначення рівня освіти та практичного досвіду. Проектом № 1032 у його первинній редакції було запропоновано у ч. 3 ст. 40 вдосконалити вимоги до осіб, які можуть обіймати посаду Генерального прокурора України, встановивши вимоги щодо наявності вищої юридичної освіти та стажу роботи в галузі права не менше п'яти років.

Зі свого боку проектом Закону України “Про внесення змін до Закону України ‘Про прокуратуру’ щодо кваліфікаційних вимог до кандидатів на посаду Генерального прокурора”, внесеним народним депутатом України Д. Шпенюком 29 серпня 2019 р. № 1144¹², також запропоновано встановити вимогу щодо обов'язкової наявності вищої юридичної освіти у Генерального прокурора України. Водночас вимога щодо стажу сформульована дещо по-іншому: пропонувалося встановити умову щодо наявності стажу роботи в галузі права та (або) досвід роботи у правоохоронних органах не менше 10 років.

Проектом Закону України “Про внесення змін до Закону України ‘Про прокуратуру’ щодо уточнення вимог до кандидатів, які претендують на посаду Генерального прокурора України”, внесеним народним депутатом України А. Шкрум 3 вересня 2019 р. № 1144-1¹³, також було передбачено серед вимог до Генерального прокурора України встановити наявність

¹¹ Про прокуратуру (н 1).

¹² Про внесення змін до Закону України “Про прокуратуру” щодо кваліфікаційних вимог до кандидатів на посаду Генерального прокурора: проект Закону України від 29 серпня 2019 р. № 1144 <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66441&pf35401=492951>> (дата звернення: 15.09.2019).

¹³ Про внесення змін до Закону України “Про прокуратуру” щодо уточнення вимог до кандидатів, які претендують на посаду Генерального прокурора України: проект Закону України від 3 вересня 2019 р. № 1144-1 <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66659&pf35401=497037>> (дата звернення: 15.09.2019).

вищої юридичної освіти, а щодо практичного досвіду – стаж роботи в галузі права не менше 10 років.

Цілком підтримуючи пропозиції вказаних проєктів, необхідно нагадати, що вимога наявності вищої юридичної освіти та не менш, як десятирічного стажу роботи в галузі права, висувалися серед вимог до Генерального прокурора України ще у 2014 р. у первинній редакції ч. 3 ст. 40 Закону про прокуратуру. У підсумку слід зазначити, що Законом № 113-IX було відтворено саме первинну редакцію цієї статті щодо вимог, що висуваються до Генерального прокурора України.

У зв'язку з активним обговоренням можливого віднесення прокуратури до судової гілки влади в світлі конституційних змін від 2 червня 2016 р., вже сьогодні доцільно порушувати питання про наближення статусу прокурорів до правового положення суддів. Зважаючи на це, вважаємо, слід підтримати позицію Д. Добровольського про те, що цілком логічно виглядала б така вимога до Генерального прокурора України, як встановлення для нього так званого “цензу осідлості”, тобто встановлення обов'язкового терміну проживання на території України перед призначенням на таку важливу та впливову посаду¹⁴.

Позитивно, на нашу думку, слід також оцінити новелу Закону № 113-IX щодо виключення ч. 2 ст. 9 чинного Закону про прокуратуру, якою встановлювалася вимога обов'язковості державної реєстрації Міністерством юстиції України наказів Генерального прокурора України нормативно-правового змісту.

Загалом не заперечуючи щодо можливості державної реєстрації актів Генерального прокурора України, слід сказати, що існуючий порядок реєстрації переважно розрахований на органи виконавчої влади. Зокрема, ці відносини сьогодні, окрім іншого, врегульовані наказом Міністерства юстиції України “Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів”¹⁵ (з наступними змінами і доповненнями), яким був затверджений Порядок подання нормативно-правових актів на державну реєстрацію до Міністерства юстиції України та проведення їх державної реєстрації (далі – Порядок). У ньому вказано:

Цей Порядок визначає процедуру підготовки та подання до Міністерства юстиції України нормативно-правових актів міністерств, інших цент-

¹⁴ Д. Добровольський, ‘Незалежність як засада організації та діяльності органів прокуратури’ (дис канд юрид наук, 2017) 122.

¹⁵ Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів: наказ Міністерства юстиції України від 12 квітня 2005 р. № 34/5. *Офіційний вісник України*. 2005. № 15. Ст. 799.

Нана Бакаєнова, Олексій Свіда

ральних органів виконавчої влади, а також інших органів, акти яких відповідно до законодавства підлягають державній реєстрації (курсив наш. – Н. Б., О. С.), та єдиний механізм їх розгляду та державної реєстрації у Міністерстві юстиції України¹⁶.

Водночас у п. 2.4. Порядку встановлюється:

Розпорядчий документ підписується керівником суб'єкта нормотворення. У разі відсутності керівника суб'єкта нормотворення розпорядчий документ підписується у порядку, встановленому пунктом 85 розділу II Типової інструкції з діловодства в міністерствах, інших центральних та місцевих органах виконавчої влади, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 року № 55¹⁷.

На нашу думку, з погляду теорії поділу державної влади надто дискусійним було встановлення обов'язку для Генеральної прокуратури України дотримуватися актів органів виконавчої влади при виданні відомчих нормативно-правових актів. Спірною також була можливість відмови в державній реєстрації.

У зв'язку з цим можна розглянути два можливих варіанти: або цілком погодитися з відмовою від державної реєстрації наказів Генерального прокурора України нормативно-правового змісту, як це передбачено Законом № 113-ІХ, або згодом встановити обов'язок для Міністерства юстиції України автоматично реєструвати накази Генерального прокурора України без оцінки їхнього змісту та можливості відмови в реєстрації з внесенням відповідних змін до законодавства.

Вважаємо, що слід цілком підтримати внесення Законом № 113-ІХ змін до статей 10 та 12 Закону про прокуратуру, якими надано Генеральному прокурору України право утворювати, реорганізовувати, ліквідувати окружні та обласні прокуратури, визначати їхній перелік, територіальну юрисдикцію, компетенцію, структуру і штати. Ця пропозиція критично була оцінена у Висновку Головного науково-експертного управління Верховної Ради України з тим обґрунтуванням, що

гранична кількість працівників інших державних органів визначається законом, указом президента або урядовою постановою (розпорядженням), а чисельність усіх військових формувань та МВС – виключно законом. І це при тому, що Генеральний прокурор має право видавати накази, які в силу вимог пропонованої редакції частини другої статті 9 Закону України “Про прокуратуру” не підлягатимуть державній реєстра-

¹⁶ Про вдосконалення порядку державної реєстрації нормативно-правових актів у Міністерстві юстиції України та скасування рішення про державну реєстрацію нормативно-правових актів (н 15).

¹⁷ Там само.

ції. Такі необмежені власні повноваження створюють, окрім іншого, суттєві корупційні ризики у країні, де це поки що залишається нагальною проблемою¹⁸.

Спростовуючи наведені аргументи, слід зазначити про таке. Сьогодні гранична чисельність значної частини правоохоронних органів визначається на законодавчому рівні, натомість їхня система в галузевих законах не закріплюється.

Зокрема, рішення про утворення, ліквідацію чи реорганізацію територіальних органів національної поліції приймається Кабінетом Міністрів України. Відповідно до частин 2 та 3 ст. 5 Закону України “Про Національне антикорупційне бюро України”¹⁹ Директор Національного антикорупційного бюро України (далі – НАБУ), у випадку обґрунтованої необхідності, може утворювати своїм рішенням додаткові територіальні управління НАБУ у межах області чи Автономної Республіки Крим, а також наділений повноваженнями визначати структуру та штатну чисельність управлінь НАБУ. Директор Державного бюро розслідувань (далі – ДБР) має право затверджувати структуру та штатну чисельність центрального апарату та територіальних органів ДБР (п. 4 ч. 1 ст. 12 Закону України “Про Державне бюро розслідувань”)²⁰. Слід звернути увагу й на те, що відповідно до ч. 4 ст. 9 проекту Закону України “Про внесення змін до Закону України ‘Про Державне бюро розслідувань’ щодо удосконалення діяльності Державного бюро розслідувань”, внесений до Верховної Ради України Президентом України 10 вересня 2019 р.²¹, передбачається надати Директору ДБР право утворювати територіальні управління ДБР, визначати їх місцезнаходження, структуру та штатну чисельність.

Отже, надання керівникам правоохоронних органів можливості утворювати, ліквідовувати чи реорганізовувати територіальні органи, визначати їхню структуру, чисельність і штатний розпис узгоджується з іншими нормами законодавства України, що регулює правоохоронну діяльність, та є тенденцією його подальшого розвитку, а отже, повернення Генеральному прокуророві України такого повноваження є цілком закономірним.

¹⁸ Висновок Головного науково-експертного управління Верховної Ради України на проект Закону України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури” від 5 вересня 2019 р. <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66266&pf35401=497427>> (дата звернення: 15.09.2019).

¹⁹ Про Національне антикорупційне бюро України: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1698-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 47. Ст. 2051.

²⁰ Про Державне бюро розслідувань (н 10).

²¹ Про внесення змін до Закону України “Про Державне бюро розслідувань” щодо удосконалення діяльності Державного бюро розслідувань: проект Закону України від 10 вересня 2019 р. № 2116 <<http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66781&pf35401=499134>> (дата звернення: 15.09.2019).

Аналізуючи існуючий порядок утворення органів прокуратури з позиції реалізації засади незалежності, Д. Добровольський вказав, що зміна системи територіальних прокуратур є можливою лише шляхом внесення змін до Закону про прокуратуру, що може позитивно вплинути на незалежність прокуратури, оскільки унеможлиблюється ситуація, коли орган прокуратури ліквідуватиметься виключно з позиції позбавлення від керівництва ним конкретною посадовою особою. Проте значно ускладнюється ситуація у разі виникнення потреби нагального утворення органу прокуратури, особливо зважаючи на складнощі політичного характеру, або у період між сесіями, коли Верховна Рада України не проводить засідання та неможливе голосування за відповідні законодавчі зміни²². Отже, наведені у Висновку Головного експертного управління аргументи щодо недоцільності надання Генеральному прокуророві України розширених повноважень у сфері визначення організаційної побудови органів прокуратури не видаються переконливими. Тим паче, що такі повноваження Генеральний прокурор України вже мав щодо військових прокуратур і жодних фактів про “суттєві корупційні ризики” з цього приводу досі не було встановлено.

Виключно позитивно слід оцінити положення Закону № 113-IX стосовно підвищення посадового окладу прокурора окружної (місцевої) прокуратури з 12 до 15 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, оскільки належний рівень соціального забезпечення є важливою передумовою незалежності прокурорів.

Водночас надто спірними, на нашу думку, є законодавчі положення Закону № 113-IX, якими передбачено замість Національної академії прокуратури України (далі – Академія) утворити Тренінговий центр прокурорів України. На превеликий жаль, у Пояснювальній записці до Проекту № 1032 немає обґрунтування такої дискусійної новели. Погодитися з такою тезою навряд чи варто, оскільки в Академії сьогодні зосереджено потужний кадровий потенціал, значна частина працівників, задіяних у підвищенні кваліфікації прокурорів, мають наукові ступені кандидатів та докторів юридичних наук. З огляду на це цілком обґрунтовано можна стверджувати, що роль Академії є значно ширшою, аніж суто здійснення тренінгів прокурорів. Тим паче, що у зв'язку з віднесенням прокуратури до системи правосуддя, збереження Академії було б доцільним за аналогією з функціонуванням Національної школи суддів України.

Водночас позитивно слід оцінити новацію щодо можливості утворення регіональних відділень Тренінгового центру прокурорів України (ч. 3 ст. 80 Закону про прокуратуру в редакції Закону № 113-IX). Таку

²² Добровольський (н 14) 73-4.

ідею можна було б використати шляхом внесення змін до чинного Закону про прокуратуру та передбачити можливість утворення регіональних відділень Академії, про що досить давно йдеться у наукових джерелах (за аналогією з регіональними відділеннями Національної школи суддів України).

Наступним дискусійним аспектом майбутнього реформування вітчизняної прокуратури є законодавчі зміни, внесені відповідно до Закону № 113-ІХ, щодо ліквідації військових прокуратур, з чим навряд чи варто погодитися. Таку ж позицію з цього питання неодноразово висловлював і Генеральний прокурор України Р. Рябошапка, який, призначаючи нового Головного військового прокурора, зазначив:

Є справи, є майно (у військової прокуратури), і очевидно, що ми не можемо це втратити. Прикінцеві положення законопроекту (№ 1032. – Н. Б., О. С.) передбачають, що буде перехідний період, протягом цього перехідного періоду Віктор Васильович (Чумак. – Н. Б., О. С.) повинен забезпечити трансформацію військової прокуратури в відповідний спеціалізований підрозділ прокуратури України²³.

Дослідження досить тривалої історії становлення прокуратури показує, що на різних етапах у прокурорській системі функціонували спеціалізовані прокуратури: транспортні прокуратури (серед яких спеціалізовані прокуратури на морському, річковому, залізничному, повітряному транспорті), природоохоронні та екологічні прокуратури, спецпрокуратури на особливо режимних об'єктах, трудові прокуратури, Прип'ятська спеціальна прокуратура, прокуратури з нагляду за дотриманням законів у виправно-трудовах установах²⁴. М. Руденко слушно зазначає, що утворення спеціалізованих прокуратур у системі органів прокуратури обумовлено об'єктивною закономірністю здійснення прокурорської діяльності у відповідних сферах правовідносин, що мають особливе значення для суспільства і держави та характеризуються тією специфікою, яка не може бути повною мірою засвоєна територіальними прокуратурами. Зберігаючи за останніми провідну роль і місце основного елемента прокурорської системи, спеціалізовані прокуратури доповнюють їхню діяльність у тих сферах, де потрібен відповідний підхід до вирішення завдань прокурорської діяльності²⁵.

²³ 'Рябошапка окреслив головне завдання нового головного військового прокурора' (Західна інформаційна корпорація, 13.09.2019) <https://zik.ua/news/2019/09/13/ryaboshapka_okreslyv_golovne_zavdannya_novogo_golovnoho_viyskovogo_prokurora_1645953> (дата звернення: 15.09.2019).

²⁴ М Руденко та О Мельник, 'Спеціалізовані прокуратури як складова прокурорської системи України' (2013) 15 Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна 153-7.

²⁵ М Руденко, 'Спеціалізація як принцип побудови прокурорської системи України (науково-практичний прогноз)' (2012) 3 Вісник Національної академії прокуратури України 27.

Нана Бакаянова, Олексій Свида

Необхідно зауважити, що згідно з Законом № 113-IX загалом не заперечується побудова органів прокуратури відповідно до засади спеціалізації, оскільки у зміненій редакції ч. 2 ст. 7 Закону про прокуратуру встановлено:

У разі потреби рішенням Генерального прокурора можуть утворюватися спеціалізовані прокуратури на правах структурного підрозділу Офісу Генерального прокурора, на правах обласних прокуратур, на правах підрозділу обласної прокуратури, на правах окружних прокуратур, на правах підрозділу окружної прокуратури²⁶.

Водночас досвід країн Західної Європи свідчить про те, що функціонування військових прокуратур є досить поширеною практикою: зокрема, вони існують у Данії, Польщі, Чехії, Румунії, Болгарії, Греції, Угорщині, Словаччині.

Обґрунтовуючи потребу функціонування військових прокуратур, Г. Рябенко, будучи військовим прокурором Центрального регіону України, зазначив, що специфіка військової служби, безумовно, потребує спеціалізованих військових правоохоронних органів, що має підвищити рівень дотримання військової дисципліни, законності і правопорядку, протидії корупції у Збройних Силах України та інших військових формуваннях²⁷.

На підтримку існування військових прокуратур переконливою є також думка О. Баганця:

Говорив і буду продовжувати стверджувати про шкідливість запропонованих норм цього законопроекту про ліквідацію військової прокуратури в державі, де йде війна, де масово вчиняються злочини проти порядку несення військової служби (військові злочини), організацію і процесуальне керівництво яких повинні здійснювати саме військові прокурори, які мають досвід в розслідуванні цих специфічних злочинів в непростих умовах, що цивільні прокурори забезпечити не зможуть. Більше того, у зв'язку із ліквідацією військових прокуратур буде зруйнована система підготовки військових прокурорів з певним рівнем знань військового законодавства і військової специфіки (озброєння та бойова техніка, порядок користування військовим майном тощо), що може призвести до зниження якості досудового розслідування у цій категорії справ та рівня захисту прав і свобод військовослужбовці²⁸.

www.pravoua.com.ua

²⁶ Про прокуратуру: в редакції Закону України від 19 вересня 2019 р. № 113-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#n39>> (дата звернення: 07.10.2019).

²⁷ Г. Рябенко, 'Військова прокуратура Центрального регіону України: системна протидія корупції та забезпечення невідворотності покарання' (2018) 6 Вісник прокуратури 56.

²⁸ О. Баганець, 'Реформа прокуратури 2019: чого чекати правоохоронцям?' (Офіційний блог – Баганець О 16.09.2019) <<http://baganets.com/blogs-baganets/reforma-prokuraturoi-2019-chogo-chekati-p.html>> (дата звернення: 15.09.2019).

Отже, вважаємо, що військові прокуратури необхідно зберегти в їх існуючому вигляді, тобто з організаційною автономією від територіальних органів прокуратури.

Відповідно до Закону № 113-IX суттєві зміни також передбачаються і щодо роботи з кадрами, які стосуються порядку добору, переатестації, звільнення, притягнення прокурорів до дисциплінарної відповідальності та роботи Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів (далі – КДКП). Під час свого брифінгу Генеральний прокурор України Р. Рябошапка повідомив, що переатестація, очищення кадрів, що здебільшого стосуватиметься вищого кадрового складу, буде здійснюватися на основі чітких і прозорих критеріїв із залученням сторонніх спостерігачів і з перевіркою на добросовісність, тобто на відповідність тим активам, законним доходам прокурорів²⁹.

Щиро вітаючи такі намагання, все ж доводиться констатувати, що положення Закону № 113-IX із цих питань є надто спірними. Насамперед, слід звернути увагу, що відбулося повне зупинення роботи КДКП. Розуміючи, що в її роботі існували певні недоліки, все одно слід підкреслити, що утворення цього колегіального органу було значною перемогою, оскільки дало змогу відійти від радянської системи кадрової роботи, яка в сучасних умовах безнадійно застаріла. Окрім того, Законом № 113-IX взагалі не було врегульовано питання щодо порядку утворення та діяльності кадрових комісій, вимоги до їх складу, закріплюючи право визначити ці питання Генеральним прокурором України самостійно на рівні підзаконного акта. За умов функціонування кадрової комісії при кожній обласній прокуратурі є небезпека руйнації саме того, за що так боролася КДКП у своїй діяльності – вироблення єдиних підходів до добору прокурорських кадрів, а також єдиної дисциплінарної практики.

Надто дискусійним є п. 6 Перехідних положень Закону № 113-IX, за яким передбачено:

З дня набрання чинності цим Законом всі прокурори Генеральної прокуратури України, регіональних прокуратур, місцевих прокуратур, військових прокуратур вважаються такими, що персонально попереджені у належному порядку про можливе майбутнє звільнення з посади на підставі пункту 9 частини першої статті 51 Закону України “Про прокуратуру”³⁰ [звільнення у зв’язку з ліквідацією чи реорганізацією органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду, або в разі скорочення кількості прокурорів органу прокуратури. – Н. Б., О. С.].

²⁹ ‘Переатестація та очищення кадрів: Руслан Рябошапка назвав головні зміни у прокуратурі’ (Західна інформаційна корпорація, 09.09.2019) <https://zik.ua/news/2019/09/09/pereatestatsiya_ta_ochyshchennya_kadriv_ruslan_ryaboshapka_nazvav_golovni_zminy_u_1643051> (дата звернення: 15.09.2019).

³⁰ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури (н 4).

Такі положення не узгоджуються із трудовим законодавством і виникають обґрунтовані сумніви щодо відповідності п. 6 Перехідних положень Закону № 113-IX ст. 22 Конституції України.

Крім того, відповідно до п. 19 Перехідних положень Закону № 113-IX передбачено, що прокурори звільняються на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону про прокуратуру за умови настання однієї із таких підстав:

1) неподання прокурором Генеральної прокуратури України, регіональної прокуратури, місцевої прокуратури, військової прокуратури у встановлений строк заяви до Генерального прокурора про переведення до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури та про намір у зв'язку із цим пройти атестацію;

2) рішення кадрової комісії про неуспішне проходження атестації прокурором Генеральної прокуратури України, регіональної прокуратури, місцевої прокуратури, військової прокуратури;

3) у вказаних органах прокуратури відсутні вакантні посади (навіть за умови успішного проходження атестації);

4) ненадання прокурором у разі успішного проходження ним атестації, згоди протягом трьох робочих днів на переведення на запропоновану йому посаду. При цьому встановлено, що перебування прокурора на лікарняному через тимчасову непрацездатність, у відпустці чи у відрядженні до Національної академії прокуратури України для участі в її роботі на постійній основі не є перешкодою для його звільнення з посади прокурора.

Аналізуючи вказані новели, О. Баганець справедливо звернув увагу на вимоги чинного законодавства:

Якщо працівник прокуратури перебуває на лікарняному, у відрядженні чи у відпустці, він не може бути звільнений, оскільки у ці періоди за такими особами повинно бути збережене місце роботи (ст. 74, ч. 3 ст. 121 КЗпП. – Кодексу законів про працю України. – Н. Б., О. С.). Крім того, реалізація вказаних пропозицій проекту на практиці може також призвести до корупційних зловживань з боку осіб, на яких буде покладений обов'язок формування нового складу прокуратури, на що в дійсності і направлені зусилля “нової” команди³¹.

Висновки. Перманентний процес реформування прокуратури нині отримав значне прискорення. У сучасних умовах внесені до Верховної Ради України законодавчі ініціативи Президента України знаходять всебічну підтримку, адже вони є, безумовно, актуальними. Водночас слід зауважити, що внесені зміни до Закону України “Про прокуратуру” потребували

³¹ Баганець (н 28).

на стадії розробки глибокого аналізу та всебічного обговорення з широким колом науковців і практиків задля забезпечення належного законодавчого врегулювання організації та діяльності прокуратури України.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Popovych Ye, *Shliakhy rozvytku prokuratury Ukrainy: monohrafiia [Ways of Prosecutor's Office of Ukraine Development: Monograph]* (Tornado 2009) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Kivalov S, 'Na porozhi onovlennia prokurorskoï systemy Ukrainy' ['On the Threshold of Updating the Prosecutorial System of Ukraine'] (2014) 1 *Visnyk Pivdennoho rehionalnoho tsentru Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy* 198-207 (in Ukrainian).
3. Rudenko M and Melnyk O, 'Spetsializovani prokuratury yak skladova prokurorskoï systemy Ukrainy' ['Specialized Prosecutor's Offices as a Component of the Prosecutorial System of Ukraine'] (2013) 15 *Visnyk Kharkivskoho natsionalnoho universytetu imeni V. N. Karazina* 153-7 (in Ukrainian).
4. Rudenko M, 'Spetsializatsiia yak pryntsyv pobudovy prokurorskoï systemy Ukrainy (naukovo-praktychnyi prohnoz)' ['Specialization as a Principle of Building the Prosecutorial System of Ukraine (Scientific and Practical Forecast)'] (2012) 3 *Visnyk Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy* 5-13 (in Ukrainian).
5. Riabenko G, 'Viiskova prokuratura Tsentralnoho rehionu Ukrainy: systemna protydiia koruptsii ta zabezpechennia nevidvorotnosti pokarannia' ['Military Prosecutor's Office of the Central Region of Ukraine: Systematic Counteraction to Corruption and Ensuring the Inevitability of Punishment'] (2018) 6 *Visnyk prokuratury* 50-6 (in Ukrainian).

Thesis

6. Khorsunenکو O, 'Prokuratura Ukrainy ta krain-chleniv Yevropeiskoho Soiuzu: porivnialne doslidzhennia' ['Prosecutors Ukraine and Countries of the European Union: a Comparative Study'] (avtoref dys kand yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).

Dissertations

7. Dobrovolskyi D, 'Nezalezhnist yak zasada orhanizatsii ta diialnosti orhaniv prokuratury' ['Independence as a Basis for Organization and Functioning of State Prosecution Bodies'] (dys kand yuryd nauk, 2017) (in Ukrainian).

Websites

8. 'R Riaboshapka okreslyv holovne zavdannia novoho holovnoho viiskovoho prokurora' ['R Riaboshapka outlined the main task of the new Chief Military Prosecutor'] (*Zakhidna informatsiina korporatsiia*, 09.09.2019) <https://zik.ua/news/2019/09/13/ryaboshapka_okreslyv_golovne_zavdannia_novogo_golovnoho_viiskovogo_prokurora_1645953> (accessed: 15.09.2019) (in Ukrainian).
9. Riaboshapka R, 'Pereatestatsiia ta ochyshchennia kadrovoho skladu – holovni zminy, yaki peredbachaie zakonoproekt shchodo reformuvannia prokuratury' ['Recertification and clearing of personnel – the main changes that involves in the draft law on prosecutorial reform'] (*Zakhidna informatsiina korporatsiia*, 13.09.2019) <https://zik.ua/news/2019/09/13/riaboshapka_pereatestatsiia_ochyshchennia_kadrovoho_skladu> (accessed: 15.09.2019) (in Ukrainian).

Нана Бакаїанова, Олексій Свіда

ua/news/2019/09/09/pereatestatsiya_ta_ochyshchennya_kadriv_ruslan_ryaboshapka_nazvav_golovni_zminy_u_1643051> (accessed: 15.09.2019) (in Ukrainian).

10. Bahanets O, 'Reforma prokuratury 2019: choho chekaty pravookhorontsiam?' ['Prosecutor's Office 2019 reform: what to expect law enforcement?'] (*Ofitsiynyi blog – Bahanets O*, 16.09.2019) <<http://baganets.com/blogs-baganets/reforma-prokuraturi-2019-chogo-chehati-p.html>> (accessed: 15.09.2019) (in Ukrainian).

Nana Bakaianova
Oleksii Svyda

DEVELOPMENT PROSPECTS OF PUBLIC PROSECUTION IN UKRAINE IN THE LIGHT OF LEGISLATIVE CHANGES

ABSTRACT. Large-scale changes in public life, which should result from a new political course aimed at overcoming corruption phenomena and imbalances in the operation of law enforcement agencies, are possible subject to systemic reforms of the entire law enforcement system. In 2019, with the change of political power after the last presidential and parliamentary elections, the reform process in this area has significantly intensified. At the same time, active development of new legislative acts focused on the reform of public prosecution requires careful research thereof in terms of theory and practice, and foreign experience with the aim of developing proposals and recommendations in this area.

The purpose of this article is to make a comprehensive analysis of the ways to reform public prosecution of Ukraine, to study scientific sources and relevant laws and regulations in the area under study, and to develop evidence-based proposals aimed at improving public prosecution legislation and its application practice.

It is noted that one of major problems faced by today's public prosecution involves providing a clear definition of its organizational model, i.e., determining the place of this law enforcement agency in the mechanism of the State. In this regard, the author provides arguments in favor of the position that public prosecution in Ukraine should have the prosecution model which ensures its independent place in the system of justice. It is from these positions that the author suggests assessing the further reform of public prosecution in Ukraine.

The article analyzes the Law of Ukraine "On Amendments to Some Legislative Acts of Ukraine on the Priority Measures to Reform the Public Prosecution Bodies (the Law on Public Prosecution), which was submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine by the President of Ukraine V. Zelenskyi on August 29, 2019 and adopted in the final version on September 19, 2019; the author highlights its positive features and controversial provisions.

A positive assessment is given to the proposals for expanding the powers of the Prosecutor General of Ukraine; for enhancement of requirements to the Prosecutor General of Ukraine, in particular, introduction of the requirement for a university degree in law and work experience in the area of law; and for elimination of the need to register the acts of the Prosecutor General of Ukraine with the Ministry of Justice of Ukraine.

www.pravoua.com.ua

ПРАВО



The article also assesses, through the critical spectacle, the innovations to liquidate military prosecution offices; to liquidate the National Prosecution Academy of Ukraine and establish, instead of it, the Training Center of Public Prosecutors of Ukraine; to suspend the operation of the Qualification and Disciplinary Commission of Public Prosecutors and establish the personnel commissions subordinated to the Prosecutor General of Ukraine and regional prosecutor's offices.

The author makes proposals with regard to clarification of some provisions of the Law on Public Prosecution.

It is concluded that the permanent process of public prosecution reforms in Ukraine has now been significantly intensified. The author assesses positively the legislative initiatives aimed at improving the law enforcement area. At the same time, it is noted that there is a need for correlation of the amendments to the Law on Public Prosecution, taking into account the experience of functioning of law enforcement agencies in Ukraine and European countries and the development trends in law enforcement in today's world.

KEYWORDS: public prosecution; powers of Prosecutor General of Ukraine; military prosecutor's offices; Qualification and Disciplinary Commission of Public Prosecutors; selection of public prosecutors; reforms.

ЮРИДИЧНА ХРОНІКА

ПРО ЕФЕКТИВНИЙ АРБІТРАЖ ТА МЕДІАЦІЮ
(за матеріалами VI Міжнародних арбітражних читань
пам'яті академіка І. Г. Побірченка,
м. Київ, 10–11 жовтня 2019 року)

Цього року Міжнародний комерційний арбітражний суд при Торгово-промисловій палаті України (ICAC) організував вже VI Міжнародні арбітражні читання пам'яті академіка І. Г. Побірченка (Читання). З кожним роком вони все більше трансформуються у масштабну професійну подію, яка об'єднує навколо основної конференції низку додаткових, спеціалізованих заходів у сфері арбітражу, що відбуваються протягом тижня. Міжнародна арбітражна спільнота очікує, що найближчим часом український арбітражний тиждень посяде почесне місце серед найзатребуваніших подій у сфері міжнародного арбітражу в європейських масштабах.

Міжнародний комерційний арбітражний суд закріпив сильні лідерські позиції серед арбітражних інституцій Східної Європи. Про це свідчить високий інтерес до заходів українського арбітражного тижня, зокрема Читань. Так, цьогоріч вони досягли рекордної кількості іноземних гостей і доповідачів: понад 220 учасників та 38 спікерів із 10 країн світу, а також отримали безпрецедентний інтерес серед міжнародних та українських організацій, які підтримали подію як інформаційні партнери. Серед них: “Global Arbitration Review”, “CEE Legal Matters”, “CIS Arbitration Forum”, “Wolters Kluwer”, “American Chamber of Commerce and Industry of Ukraine”, “British-Ukrainian Law Association”, “Українська арбітражна асоціація”, “Спілка українських підприємців”, “Юридична Газета”, “Юридическая практика”, “Судовий вісник”, “Liga.net”, “Правовий тиждень”, “Лойер”.

Про актуальне

Основний запит бізнесу сьогодні – ефективне вирішення спору, зокрема неупередженість, професійність при розгляді спору, а також прогнозованість строків і вартості. Саме тому перший день цьогорічних Читань був присвячений ефективності арбітражу та обговоренню нових трендів і стандартів арбітрування.

Темою другого дня була медіація як альтернативний спосіб врегулювання спорів, що набирає популярності. Актуальність цієї теми підтверджується й нещодавнім підписанням Україною Конвенції Організа-

ції Об'єднаних Націй про міжнародні угоди про врегулювання спорів за результатами медіації.

*Посилення проарбітражності України
в системі здійснення правосуддя*

Україна впевнено заявляє про проарбітражність своєї політики. Свідченням цього є: 1) проарбітражні рішення Верховного Суду; 2) активна участь у заходах ICAC представників усіх гілок влади. На правах господаря заходу першим привітав учасників Микола Селівон, голова ICAC. Він подякував усім присутнім у залі за те, що вони цікавляться арбітражем і медіацією, долучаються до дискусій та обговорення найактуальніших питань функціонування цих інститутів. Говорячи про вибір теми цьогогорічних Читань, М. Селівон зазначив: 'Сьогодні суспільство потребує ефективних рішень, всі втомилися від перманентних неефективних та затягнутих трансформацій'.

Ірина Венедіктова, голова комітету Верховної Ради України з питань правової політики, зазначила, що саме міжнародні арбітражні інституції, такі як ICAC, можуть забезпечити приплив іноземних інвестицій та іно-



З вітальними словами виступили спеціально запрошені гості:
Андрій Костін, Геннадій Чижиков, Ірина Венедіктова, Микола Селівон, Андрій Смирнов,
Інна Ємельянова, Богдан Львов (зліва направо)

ПРАВО УКРАЇНИ • 2019 • № 11 • 334-341

земного бізнесу в Україну: ‘Сьогодні проарбітражні зміни – це один із позитивних меседжів для бізнесу. Інвестор прийде, якщо буде розуміти, що його інвестиції захищені та він може легко прогнозувати розвиток судових процесів’.

Андрій Смирнов, заступник Керівника Офісу Президента України, коротко окреслив реформи та плани з реформування сфери правосуддя, зазначивши: ‘Ініційовані реформи будуть нести точкові зміни. Гострим залишається питання про заповнення судових вакансій в місцевих та апеляційних судах’.

Заступник Голови Верховного Суду, голова Касаційного господарського суду Богдан Львов у своїй промові наголосив на важливості розвитку альтернативних способів вирішення спорів в Україні та підкреслив значущість арбітражу в сучасних ринкових умовах: ‘Ми – не конкуренти, ми – колеги. Обирати повинен споживач суддівських послуг, а держава має запропонувати можливість вибору і забезпечити, щоб кожний шлях, який захоче обрати споживач суддівських послуг, був ефективним’.

Генадій Чижиков, президент Торгово-промислової палати України, підсумував все сказане своїми колегами та навів статистику діяльності ІСАС, наголосивши на безсумнівній ефективності цієї інституції: ‘Рішення Міжнародного комерційного арбітражного суду виконуються у понад 110 країнах світу. Менше 2 % рішень МКАС оскаржують, невелику частину з яких скасовують, а вартість нашого арбітражу є нижчою, ніж у сусідніх країнах’.

Юрисдикція як ключ до ефективного арбітражу

Перша сесія Читань була присвячена юрисдикції як ключу до забезпечення ефективного арбітражу. Модератором сесій виступив Вільям Б. Саймонс, партнер “*Timmermans & Simons International Business Lawyers*” (Нідерланди). Серед спікерів сесії: Лукас Містеліс, професор транснаціонального комерційного права та арбітражу Лондонського університету королеви Марії (Велика Британія); Ірина Мороз, партнерка “*AVELLUM*”; Артур Кіян, асоційований партнер “*Lavrynovych & Partners Law Firm*”; Всеволод Волков, партнер “*Everlegal*”; Катерина Цірат, юристка “*Jurvneshtservice*”.

Головне питання цієї сесії – арбітрабельність спорів. Спікери докладно висвітлили теоретичні аспекти, провівши порівняльний аналіз арбітрабельності спорів у різних правових системах, а також розкрили практичні аспекти, поінформували сторони про новели судової практики України та іноземних країн щодо визначення предметної компетенції арбітражу.

Перший спікер сесії Л. Містеліс розповів про своє бачення арбітрабельності та неарбітрабельності спорів, а також презентував порівняльний аналіз арбітрабельності спорів у різних правових системах.

І. Мороз окреслила еволюцію критеріїв визначення юрисдикції арбітражу. Також вона зазначила, що питання арбітрабельності спору в багатьох випадках залежить від законодавства кожної окремої держави. Так, німецьке законодавство містить чіткий перелік спорів, які не можуть передаватися до арбітражу, тоді як в англійському наявні лише критерії арбітрабельності.

А. Кіян розповів, чи всі спори, що впливають із корпоративних відносин, можна вирішувати в арбітражі, та якою є практика українських судів і міжнародний досвід із цих питань.

В. Волков виступив із доповіддю на тему “Арбітрабельність цивільно-правових аспектів спорів про приватизацію, публічні закупівлі та захист економічної конкуренції” та провів порівняльний огляд законодавства й актуальної судової практики України, а також таких іноземних держав, як Казахстан, Індія та Швеція.

Останній спікер цієї сесії – К. ЦРАТ зосередила свою увагу на питанні юрисдикції ICAC при зміні суб’єктного складу сторін спору, підсумувавши, що в такому випадку для свого забезпечення сторонам варто перекладати арбітражну угоду.

Нововведенням цього річних Читань стало онлайн-опитування учасників на початку та наприкінці кожної сесії. Так, під час першої сесії учасникам було запропоновано запитання “Чи спостерігаєте ви тенденцію до зростання обсягу предметної юрисдикції арбітражу?”. Відповіді двох голосувань були стверджувальними.

Як забезпечити процесуальну ефективність арбітражу?

Друга сесія стосувалася процесуальної ефективності арбітражу, ролі арбітра у забезпеченні ефективного арбітражного розгляду та шляхів збільшення ефективності самого арбітра. Спікери сесії: ГАЛИНА ЖУКОВА, партнерка “*Bélot Malan & Associés*” (Франція), асоційований професор Університету Версаль-Сен-Кантен-ан-Івлін; ПЬОТР НОВАЧИК, арбітр ICAC (Польща); АННА ГІЯР-САЖКО, юристка “*Shearman & Sterling*” (Франція); МАРІЯ КОСТИЦЬКА, партнерка “*Winston & Strawn*” (Франція); ЄВГЕН БЛІНОВ, партнер “*Eterna Law*”; ОЛЕКСІЙ КОТ, керуючий партнер “*Antika Law Firm*”.

Модерував сесію ОЛЕКСАНДР ХРАПУЦЬКИЙ, старший викладач кафедри цивільного права юридичного факультету Білоруського державного університету, адвокат, партнер “*Lex Torre Law Office*” (Білорусь). Незважаючи на те, що сесія мала бути зосереджена на дослідженні ролі арбітра



Модератор другої сесії – Олександр Храпуцький оголошує учасникам перше запитання для онлайн-опитування

в арбітражному розгляді, більшість доповідачів відзначили, який значний вплив має поведінка сторін на хід та процесуальну ефективність арбітражного розгляду.

Так, Г. Жукова у своїй доповіді підкреслила, що при виборі арбітра сторони також повинні бути підготовленими та надавати свої висновки щодо відповідності досвіду та компетенції арбітра для розгляду справи.

Спікери сесії розповіли, які юридичні та неюридичні методи сторони можуть застосовувати для впливу на арбітра. П. Новачик навів приклади, коли арбітрів навіть викрадають, саджають за ґрати, накладають на них штрафи задля впливу на прийняття ними рішення.

Про юридичні методи впливу на арбітрів розповіла А. Гяр-Сажко. За словами спікерки, найбільш поширеною є практика застосування заяви про відвід арбітра.

М. Костицька зазначила, що важливим чинником, який впливає на ефективність арбітражу, є цікавий феномен "*due process paranoia*". Його суть полягає в небажанні складу арбітражу діяти рішуче в певних ситуаціях через страх наступного скасування арбітражного рішення на тій підставі, що сторони не була надана можливість представити свою позицію у справі. Спікерка наголосила, що адвокати не повинні сприяти цьому процесу, заплутуючи арбітрів, адже це неетично та неефективно для них самих.

Наступний спікер сесії – Є. Блнов розповів про правове регулювання та форми взаємодії міжнародного арбітражу й державних судів.

О. Кот висвітлив процесуальні аспекти та правову реалізацію примирення сторін в арбітражі, підкресливши, що така можливість вирішення спору не повинна ігноруватися.

Думка спікерів про важливість поведінки сторін збіглася з результатами онлайн-опитування аудиторії. На перше запитання: “Хто повинен відігравати головну роль в арбітражному розгляді?” більшість вирішила, що це мають робити учасники розгляду (80 %), а не арбітражний суд. Щодо другого запитання сесії: “Хто має встановлювати процесуальний графік арбітражного розгляду?” думки розділилися – 62 % і 38 % на користь арбітражного суду.

Доказування як запорука ефективного захисту

Модераторкою останньої сесії першого дня була Олена Перепелинська, президентка Української арбітражної асоціації, партнерка “INTEGRITES”. Сесія була присвячена темі “Від встановлення об’єктивної істини до змагальності сторін у процесі: доказування як запорука ефективного захисту” та зібрала таких спікерів: Тетяна Захарченко, членкиня Президії ICAC Україна; Зія Акінчі, президент Арбітражної ради Стамбульського арбітражного центру (ISTAC), завідувач кафедри міжнародного приватного права юридичного факультету Галатасарайського університету (Туреччина); Ольга Хамама, юристка у сфері міжнародного комерційного та спортивного арбітражу (Німеччина); Євгенія Рубініна, партнерка “Eнуо Law” (Велика Британія); Юлія Черних, лекторка університету Осло, членкиня Президії ICAC, радниця “ARBITRADE” (Норвегія/Україна).

Під час третьої сесії аудиторія мала змогу порівняти, як процес доказування врегульовано у регламентах провідних арбітражних інституцій, які підходи до ролі сторін і складу арбітражного суду у них закладено. Також спікерами третьої сесії були надані практичні поради щодо ефективного залучення свідків та експертів в арбітражний процес.

Про основні моменти доказування за новим Регламентом ICAC розповіла Т. Захарченко, зазначивши, що процес доказування повинен базуватися на трьох основних принципах: справедливості, ефективності, сумлінності.

З. Акінчі, проаналізував, чи варто враховувати Празькі правила, правила IBA та досвід зарубіжних арбітражних інституцій у процесі доказування, а О. Хамама розглянула німецькі підходи до пошуку фактів та управління доказами в арбітражі.

Є. Рубініна поділилася з учасниками техніками ефективного презентації свідків та експертних свідчень, а Ю. Черних допомогла учасникам розібратися у тому, чи потрібен арбітражу експерт із питань права. Вона

зазначила, що це питання безпосередньо регулюється арбітражними регламентами та арбітражним законодавством. Деяка більша деталізація наявна в Празьких правилах, Правилах Міжнародної асоціації юристів щодо доказування, але загалом питання необхідності залучення експерта вирішується індивідуально сторонами.

Онлайн-опитування у межах цієї сесії дало змогу визначити думку учасників щодо того: 1. Чи має склад арбітражного суду бути проактивним у питаннях доказування? 2. Чи може склад арбітражного суду застосовувати норми права, на які не посилалися жодна зі сторін, не спитавши їхньої думки? Відповідь учасників на два запитання була стверджувальною.

Протягом другого дня Читань, що проводився за підтримки юридичної фірми “SHEARMAN & STERLING”, відбулося три сесії, які були присвячені інституту медіації.

Важливою частиною другого дня стало спеціальне відеозвернення секретарки “UNCITRAL” Анни Жубін-Брет до учасників Читань щодо розвитку медіації та можливих шляхів імплементації Конвенції ООН про міжнародні угоди про врегулювання спорів за результатами медіації.

Ключовим спікером став запрошений гість Тьєррі Лорюль, партнер “Jeantet” (Франція). Він окреслив важливі моменти, що відрізняють арбітраж від медіації та доводять ефективність останньої.

www.pravoua.com.ua



Виступ головного спікера другого дня Читань – Тьєррі Лорюля

У межах двох перших сесій були детально розглянуті та обговорені такі теми: імплементація Конвенції ООН про міжнародні угоди про врегулювання спорів за результатами медіації на медіацію міжнародних комерційних спорів: законодавчі аспекти імплементації та перспективи для України; медіація в галузевих спорах: комерційних, будівельних, податкових і митних спорах, сфері інтелектуальної власності; участь експерта в медіації.

Серед спікерів та модераторів: Інна Ємельянова, заступниця Голови ICAC; Юна Потьомкіна, старша юристка "Asters"; Тамара Андрієва, директорка Департаменту міжнародного права Міністерства юстиції України; Тетяна Кисельова, доцентка, керівниця Центру досліджень медіації та діалогу Національного університету "Києво-Могилянська академія"; Анна Гяр-Сажко, юристка "Shearman & Sterling" (Франція); Максим Жуков, адвокат "Lex Torre Law Office" (Білорусь); Світлана Луцюк, начальниця відділу досудового врегулювання спорів Департаменту міжнародних спорів Міністерства юстиції України; Ольга Тютюн, заступниця директора Українського Центру Медіації у проектах регіонального розвитку; Ольга Хмарук, співзасновниця агентства медіації "DecisionLab"; Олександра Вінтреберт, менеджерка "Alvarez & Marsal" (Франція).

Остання сесія відбулася у форматі Оксфордських дебатів, учасники яких Галина Єрьоменко, директорка Українського Центру Медіації, та Володимир Яремко, радник "Sayenko Kharenko", представили свої аргументи "за" та "проти" медіації відповідно. Модерували дебати Ярослав Петров, партнер "Asters" (Україна), Євгенія Рубініна, партнерка "Euno Law" (Велика Британія).

Цьогорічні Читання завдяки дводенному формату дали змогу учасникам сформулювати об'єктивну думку щодо ефективності арбітражу та медіації як способів вирішення спорів. Під час заходу учасники жваво долучалися до дискусій та обговорень, що підтверджує актуальність обраних тем і важливість їхнього розгляду.

Секретаріат
Міжнародного комерційного арбітражного суду
при Торговельно-промисловій палаті України

ПЕРСОНАЛІЇ

Михайло Баймуратов

доктор юридичних наук, професор, заслужений діяч науки і техніки України,
головний науковий консультант Інституту законодавства
Верховної Ради України
(Київ, Україна)
baymuratov@ukr.net

Наталія Бочарова

кандидатка історичних наук, доцентка кафедри
загально-правових дисциплін
Дніпровського гуманітарного університету,
докторантка Інституту законодавства Верховної Ради України
(Дніпро, Україна)
olip@ua.fm

“Я – ДРУГ КОНСТИТУЦІЇ”.

Видатний німецький учений-конституціоналіст Дітер Грімм



Німецька юридична школа конституційного права має давні традиції та світову популярність, що бере свій початок ще з часів конституційних теорій XIX ст., представлених у працях Ф. Дальмау, К. Роттека, К. Велькера, К. С. Захаріє, Р. Моля, Ю. Фребеля, К. Л. Галлера, концепції конституційної монархії Г. Ф. В. Гегеля і конституційних поглядах Ф. Лассалья, Р. Ієринга і Г. Еллінека. У наші дні заслужену увагу зарубіжних конституціоналістів викликають праці сучасних німецьких учених К. Гессе, Д. Коммерса, М. Камма, А. фон Богданді, А. Петерс, І. Перніса, Т. Дреєра та ін. Однак особливе місце в німецькій конституціоналістиці сьогодні належить Дітеру Грімму (*Dieter Grimm*), який є шанованим і найбільш авторитетним представником науки конституційного права в Німеч-

чині, так би мовити, старійшиною цеху німецьких конституціоналістів. Міжнародне визнання отримали публікації Д. Грімма з питань конституційної історії, конституційної теорії, порівняльного конституціоналізму і права Європейського Союзу (далі – ЄС). Незважаючи на вік (народився у 1937 р.), професор права Д. Грімм веде активну викладацьку діяльність у Берлінському університеті ім. А. Гумбольдта і в Єльській юридичній школі (США). Упродовж 1987–1999 рр. обіймав посаду судді Федерального Конституційного Суду Німеччини. У 2001–2007 рр. був директором дослідницького центру *Wissenschaftskolleg zu Berlin*, постійним членом якого продовжує залишатися й нині. Д. Грімм був запрошеним професором у Гарварді, Нью-Йоркському університеті, університетах у Торонто, Римі, Калькутті, Сеулі, Пекіні, Шанхаї та членом Інституту перспективних досліджень Університету Стелленбош у Південній Африці. Особливо тісна співпраця була встановлена з юридичною школою (факультетом) Єльського університету в США, де з 1996 р. він бере участь у щорічних семінарах із глобального конституціоналізму, на яких присутні науковці та судді конституційних судів багатьох країн. Серед учнів Д. Грімма такі відомі вчені-юристи Німеччини, як Г. Люббе-Вольф, Х. Россен, У. Рюль, М. Альбертс, У. Халтер.

Також Д. Грімм член Берлінсько-Бранденбурзької академії наук у Німеччині (*Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften*), Європейської академії (*Academia Europaea*)¹ й Американської академії мистецтв і наук (*American Academy of Arts and Sciences*)². У 2019 р. обраний членом Британської академії³. Має почесні докторські ступені в університетах Торонто, Геттінгена, Порту-Алегрі й Бухареста. Серед державних нагород – отриманий у 1999 р. орден “За заслуги перед Федеративною Республікою Німеччина” (*Der Verdienstorden der Bundesrepublik Deutschland* – єдиний федеральний орден Німеччини). У 2004 р. Президент Франції нагородив Д. Грімма французьким національним орденом “За заслуги” (*Commandeur dans l’Ordre national du Mérite*).

Д. Грімм знаний як глибоко обізнаний, провідний міжнародний теоретик історії, природи та перспектив конституціоналізму, а його книги і публікації – це зразки конституційної мудрості сьогодення⁴.

¹ Громадська неурядова організація, що об’єднує провідних учених європейських країн. Створена в 1988 р. у межах концепції “Загальноєвропейського дому” й об’єднаної Європи. Академія включає секції з усіх основних розділів природничих і гуманітарних наук, видає журнал “*European Review*”. Персональна сторінка Д. Грімма на сайті Академії: <https://www.ae-info.org/ae/Member/Grimm_Dieter>.

² Одна з найстаріших наукових організацій США, заснована в 1780 р. під час Американської революції. Нині незалежний центр академічних і політичних досліджень. Членами Академії обираються провідні вчені в академічних дисциплінах, діячі мистецтва, лідери в бізнесі, державній та громадській діяльності.

³ Національна академія наук Великої Британії для суспільних і гуманітарних наук об’єднує понад 800 учених. Сторінка Д. Грімма: <<https://www.thebritishacademy.ac.uk/fellows/dieter-grimm-FBA>>.

⁴ ‘Reviews and Awards’ in Grimm D, *Constitutionalism: Past, Present and Future* (Oxford University Press 2016).

Літературний стиль наукових праць ученого, їх евристичний, часом провокаційний характер, був відзначений у 2018 р. літературною премією ім. Гофмана фон Фаллерлебена.

Життєвий шлях і наукова кар'єра Д. Грімма типові для представників сучасного академічного середовища Німеччини. Після закінчення в 1957 р. гімназії в рідному для нього місті Кассель, вивчав право і політологію в університетах Франкфурта-на-Майні, Фрайбурга, Берліна, французької Сорбонни. Ступінь магістра права отримав у Гарвардському університеті (США) в 1965 р. Наукова кар'єра Д. Грімма почалася у 1966 р. в Інституті європейської юридичної історії ім. Макса Планка у Франкфурті-на-Майні. У сфері його наукових інтересів, пов'язаних із конституційною теорією та історією, дві центральні проблеми – солідарність як юридичний принцип у вченні Л. Дюгі⁵ і вплив конституції на розвиток приватного права⁶.

Після отримання докторського ступеня у 1979–1999 рр. Д. Грімм працював на кафедрі публічного права в Білефельдському університеті (*Universität Bielefeld*), паралельно в 1984–1990 рр. очолюючи Центр міждисциплінарних досліджень цього університету. Білефельдський університет був заснований у 1969 р. як виш нової формації, навчання в якому базувалося на спеціальних міждисциплінарних програмах і застосуванні новаторських методик. Нині цей інноваційний університет входить до списку кращих навчальних закладів світу. Його творча атмосфера справила великий вплив на характер і спрямованість наукової діяльності Д. Грімма і сформувала особливий стиль наукових праць ученого, що поєднує академізм і живий захоплюючий виклад теоретичного матеріалу, вміння “сухі” предмети представляти в яскравій, образній формі. Співпраця з відомими істориками (Х.-У. Велером, Ю. Коцкой, Р. Козеллеком) і соціологами (Н. Луманом і Ф.-К. Кауфманом) відображена у монографічних працях Д. Грімма цього періоду – збірнику нарисів про зв'язок права, держави й громадянського суспільства (1987 р.)⁷, першому томі “Конституційної історії Німеччини” (1988 р.)⁸ й особливо у фундаментальній праці “Майбутнє конституції” (1991 р.)⁹, яка витримала кілька видань і була перекладена багатьма мовами.

⁵ D Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip* (Atheneum 1973).

⁶ D Grimm, 'Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatrechtsgesetzgebung' in Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band III/1* (München 1982) 17-173. Повний текст монографічного дослідження був опублікований багато років потому: Grimm D, *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert* (= Jus Publicum. Band 269). 1. Auflage. (Mohr Siebeck 2017).

⁷ D Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft* (Suhrkamp 1987).

⁸ D Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Band I: Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zum Ende des Deutschen Bundes* (Suhrkamp 1988); 2. Auflage (1990); 3. Auflage (1995).

⁹ D Grimm, *Die Zukunft der Verfassung* (Suhrkamp 1991); 2. Auflage (1994); 3. Auflage (2002). Переклад на іспанську: D Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales* (mit einem Vorwort von Antonio López Pina, Madrid 2006).

У 1987 р. Д. Грімм обраний суддею Федерального Конституційного Суду Німеччини. Цікаво, що його попередником був К. Гессе, чия книга “Основи конституційного ладу ФРН”¹⁰ досі популярна на пострадянському просторі. Як суддя-доповідач Д. Грімм готував матеріали з таких проблем, як свобода слова, зборів і асоціацій, свобода вираження думок, захист персональних даних і право на прайвезі, законодавство про конкуренцію. Багато з підготовлених ним рішень мали новаторський характер.

Після виходу у відставку Д. Грімм поряд із викладацькою діяльністю активно бере участь в обговоренні суспільно значущих проблем у періодичній пресі та на телебаченні. Наприклад, широкій громадськості запам’яталися його яскраві та змістовні виступи на тему “Влада і ЗМІ” на Майнцських днях телевізійної критики у 2006 р. У мережі Інтернет можна знайти записи його лекцій та авторських колоквиумів з конституційних питань і правозахисної проблематики.

Накопичені за довгі роки знання і юридичний досвід знайшли відображення у працях Д. Грімма останніх років, які стали кульмінацією його наукової діяльності та здобули міжнародне визнання. На їхній проблематиці варто зупинитися докладніше.

На методологію досліджень Д. Грімма вирішальний вплив мали методологічні імперативи Білефельдської школи, орієнтованої на міждисциплінарні дослідження і методіку навчання, засновану на поєднанні дослідницької роботи й навчання, коли навчальний матеріал викладається з характеристикою наукової проблематики того чи іншого питання. Юридичні конституційні проблеми вчений розглядає в їхньому історичному розвитку в межах концептуальної історії¹¹ та одночасно застосовує соціологічний аналіз, визначаючи умови, способи та напрями впливу конституцій на сучасне суспільство. Об’єднання системної і семантичної логіки в дослідженні є відмінною рисою праць Д. Грімма. Саме так побудована логіка викладу в його книзі “Суверенітет: походження і майбутнє ключової концепції”¹², виданої у 2009 р. у Берліні. Назва англomовного перекладу, здійсненого у США, більш точно розставляє акценти: “Суверенітет. Походження і майбутнє політичної та правової концепції”¹³.

¹⁰ К Хессе, *Основи конституційного права ФРН* (пер с нем, Юрид лит 1981).

¹¹ Концептуальна історія, або історія понять (*Begriffsgeschichte*), є напрямом історичних і культурних досліджень, спирається на семантичний аналіз понять у різні історичні періоди. Найбільш авторитетний представник – Р. Козеллек, автор книги “Минуле майбутнє: до семантики історичного часу” (1979 р.). Його найбільше починання – фундаментальна енциклопедія “Основні поняття історичної науки. Історична енциклопедія соціально-політичної мови в Німеччині” у 9-ти тт. (1972–1997 рр.).

¹² D Grimm, *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs* (Berlin University Press 2009).

¹³ D Grimm. *Sovereignty. The Origin and Future of a Political and Legal Concept* (Columbia University Press 2015).

Принцип народного суверенітету, як відомо, став основоположним при розробці всіх сучасних конституцій, що пояснює звернення вченого-конституціоналіста до цієї теми. Хоча у вступі до книги Д. Грімм стверджує, що не ставив за мету виклад концептуальної історії суверенітету, проте він розглядає значення терміна й еволюцію його змісту від епохи Реформації в Європі XVI ст. до сучасних умов появи правової глобалізації та транснаціональних інститутів. Учений дає історичний аналіз поняття суверенітету як історію багатовікових суперечок: хто володіє правом управляти? При цьому розглядаються концепції видатних теоретиків суверенітету Ж. Бодена, Г. Гроція, Т. Гобса, Дж. Лока, Ж.-Ж. Руссо, Є. Ваттеля і Г. В. Ф. Гегеля в контексті їхніх історичних епох. Ідея суверенітету як правової незалежності держав була закріплена у Вестфальському договорі 1648 р., що створив систему, в якій відносини між державами будувалися на координації, а не на підпорядкуванні. На думку Д. Грімма, три великі революції подали теорію суверенітету в XX ст. у вигляді трьох досягнень: 1) становлення держави як абстрактного суб'єкта, незалежного від конкретного монарха або релігії; 2) закріплення у конституційному праві феномена народного суверенітету; 3) глобалізація суверенного територіального правління, що заснована на державних утвореннях.

Однак основною телеологічною домінантою цієї праці було дати відповідь на запитання: чи зберігає суверенітет свою цінність в умовах глобалізації та наднаціональних утворень? Д. Грімм дає ствердну відповідь: суверенітет залишається ключовим принципом і має значення для сучасного глобального порядку, хоча очевидна його трансформація з плином часу.

Після закінчення Другої світової війни виникла складна “гетерархія” суверенітету, який поділяється державами, федераціями та наднаціональними інститутами. Сучасний суверенітет як класична концепція розмивається у зв'язку з передачею державами частини суверенних прав наднаціональним утворенням, таким як Організація Об'єднаних Націй, ЄС, міжнародні суди тощо. З цього приводу Д. Грімм ставить запитання: чи не вступили ми в еру постсуверенності (*era of postsovereignty*)?

У можливій постсуверенній епосі, вважає він, можна відзначити різні порушення суверенітету, але аж ніяк не факт втрати суверенітету в традиційному сенсі. Сучасні форми конституційної демократії спираються на пряме вираження народного (чи, за його термінологією, внутрішнього) суверенітету. Але демократичний поділ володіння і здійснення державної влади створюють видимість, що існує не народний суверенітет, а тільки повноваження держави. Зовні суверенітет йде в установчу владу

і виражається тільки в акті прийняття конституції. Вирішальним явищем у розумінні сучасного суверенітету є територіалізація політичного правління за допомогою формування держав. Зовнішній суверенітет держав (незалежність на міжнародній арені) відіграє роль ключового механізму підтримки глобального порядку проти агресивного експансіонізму з боку окремих держав або груп держав.

Основний висновок Д. Грімма зводиться до того, що сучасні форми конституційної демократії залежать від існування народного і зовнішнього суверенітету в межах глобальної системи територіальних держав. На думку вченого, найважливіша функція суверенітету полягає в демократичному самовизначенні політично об'єднаного товариства щодо порядку, який йому найбільше підходить (*the order that best suits it*). Сьогодні суверенітет захищає демократію і, мабуть, збережеться в майбутньому.

Для всіх праць Д. Грімма характерний своєрідний “європоцентризм”, коли теоретичний аналіз спирається на європейські правові традиції та явища. Предметом особливого інтересу для нього є правовий, зокрема конституційний, розвиток ЄС.

Ще в середині 90-х років минулого століття, спостерігаючи конституціоналізацію правової системи ЄС, що формувалася, Д. Грімм виступив із полемічною статтею “Чи потребує Європа конституції?”¹⁴ на сторінках впливового “*European Law Journal*”. Це була реакція на суспільну дискусію (так звані Маастрихтські дебати) з приводу створення загальноєвропейської Конституції, яка, на думку прихильників цієї ідеї, слугувала б цементуючою основою ЄС і сприяла розвитку інтеграції. Д. Грімм негативно оцінив перспективи єдиного загальноєвропейського конституційного документа, аргументуючи це відсутністю європейської конституційної ідентичності, ознаками чого є відсутність загальноєвропейських політичних партій, відмінності в політичній і правовій культурі держав, мовна роз'єднаність, розмитий правовий статус інститутів ЄС, особливо слабка компетенція Європарламенту, тобто комплекс явищ, який отримав назву дефіциту демократії в ЄС.

З позицією Д. Грімма в словив незгоду відомий німецький філософ і соціолог Ю. Габермас, який відповів статтею в цьому ж номері журналу¹⁵. Погоджуючись загалом із аналізом Д. Грімма, він робить протилежні, за його словами, політичні висновки. На його думку, реально існуючий в ЄС дефіцит демократичної легітимності долається загальноєвропейським консенсусом щодо пріоритетності прав людини і прихильністю європейців до конституційного правління у своїх державах

¹⁴ D Grimm, ‘Does Europe Need a Constitution?’ [1995] 1(3) *European Law Journal* 282-302.

¹⁵ J Habermas, ‘Remarks on Dieter Grimm’s “Does Europe need a Constitution?”’ [1995] 1(3) *European Law Journal* 303-7.

(конституційний патріотизм). Це може слугувати базою для створення стабільного конституційного ладу, що спирається на єдиний конституційний документ. Наступні події – провал проекту Конституції ЄС (Договір про запровадження Конституції для Європи, 2004 р.) та підписання Лісабонського договору 2007 р. – підтвердили прогноз Д. Грімма про неготовність європейців до радикальних конституційних реформ. Проте конституціоналізація правопорядку ЄС, що триває, хоча й уповільненими темпами, змусила Д. Грімма внести корективи в його попередній аналіз європейського конституціоналізму, узагальнений у праці “Майбутнє конституції” (1991 р.).

У 2012 р. була опублікована монографія Д. Грімма “Майбутнє конституції II: наслідки європеїзації та глобалізації”¹⁶. Характер публікації розкривається у назвах розділів “Походження і зміни конституцій”, “Що залишилося від національних конституцій?”, “Що може означати конституція за межами держави?”, “Досягнення конституціоналізму та його перспективи в світі, що змінюється”. У центрі уваги дві проблеми: 1. Роль національних конституцій у сучасній європейській демократії і вплив на них процесів формування наднаціонального конституціоналізму. У зв'язку з цим оцінюються перспективи національних держав і розвиток конституціоналізму в майбутньому. 2. Зміст і сенс конституціоналізації ЄС як чинника європейської інтеграції¹⁷.

Обидві проблеми отримали висвітлення й у наступних працях німецького конституціоналіста, перш за все, у фундаментальній монографії “Конституціоналізм. Минуле, сьогодення і майбутнє”¹⁸, опублікованій у серії “Оксфордська конституційна теорія” видавництва Оксфордського університету. Це найвідоміша і найбільш цитована книга Д. Грімма, популярна, без перебільшення, у багатьох країнах світу. Вона стала немовби підсумком й узагальненням попередніх наукових розробок ученого. У ній відображені теоретичні та історико-правові аспекти сучасного конституціоналізму, зокрема, походження і трансформація концепції конституціоналізму¹⁹, роль фундаментальних прав у сучасному суспільстві та їхня інтерпретація Конституційним Судом Німеччини, загальна значущість діяльності конституційних судів у демократичному процесі, вплив конституцій на суспільство (реалізація конституційної програми), конституційні реформи та ін. Аналіз зовнішніх аспектів

¹⁶ D Grimm, *Die Zukunft der Verfassung II: Auswirkungen von Europäisierung und Globalisierung* (Suhrkamp Verlag 2012).

¹⁷ Вперше проблема розглянута в статті: D Grimm, ‘Integration by constitution’ [2005] 3(2-3) *International Journal of Constitutional Law* 193-208.

¹⁸ D Grimm, *Constitutionalism. Past, Present, and Future* (Oxford University Press 2016). (Нове видання у м'якій обкладинці опубліковано в 2019 р.).

¹⁹ Д. Грімм розглядає феномен конституції як еволюційне досягнення (*Constitution as a Evolutionary Achievement*) й аналізує соціальні та інституційні причини його динаміки.

сучасного конституціоналізму охоплює питання європеїзації (роль національних конституцій в об'єднаній Європі²⁰, інтеграція за допомогою конституції), а також інтернаціоналізація конституційного права (конституції в процесі денаціоналізації, соціетальний конституціоналізм, рівні верховенства права та експорт західного конституціоналізму).

Кризові процеси в ЄС (фінансові проблеми і відцентрові тенденції, Брекзїт, посилення євроскептиків) поставили питання не тільки про шляхи та засоби їхнього подолання, а й про саме існування ЄС. Реакцією Д. Грімма була праця “Європа так – але яка? Про Конституцію європейської демократії”²¹. У 2017 р. вона була перекладена англійською мовою в академічному видавництві Оксфордського університету²².

Д. Грімм завжди дуже критично ставився до ідеї використання конституційного інструментарію для забезпечення і прискорення процесу європейської інтеграції. Ще в 2005 р. в есе “Інтеграція за допомогою конституції” він писав: ‘Отже, прагнення до переходу від договору до конституції, а саме до сприяння відсутності соціальної інтеграції, все ще не має міцної основи в реальності. Нині немає підстав очікувати, що конституція заповнить дефіцит легітимності Європейського Союзу, закріпить Союз в серцях громадян Європи і при цьому зіграє інтегративну і визначальну роль’²³. Основним бар’єром перетворення ЄС у державу будуть національні конституції та діяльність національних конституційних судів. Ця теза повторювалася в усіх наступних працях Д. Грімма.

Основною ідеєю критичного аналізу Д. Грімма, представленого в праці “Конституція європейської демократії”, став висновок про надмірну конституціоналізацію ЄС (*over-constitutionalization*). Саме вона послужила головною причиною дефіциту демократії та недовіри й відчуження громадян. Феномен надмірної конституціоналізації, пов’язаний із наданням Установчим договорам конституційного статусу, що сталося в результаті судової практики Суду ЄС²⁴.

Конституційний статус Договорів в об’єднаній Європі відокремлює їх від демократичних процесів у державах-членах і веде до зростаючої не-

²⁰ Тема отримала продовження в одній з останніх праць Д. Грімма (у співавторстві): D Grimm and M Wendel and T Reinbacher, ‘European Constitutionalism and the German Basic Law’ in *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law* (Albi A and Bardutzky S ed, Asser Press 2019) 407-92.

²¹ D Grimm, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie. Kindle Edition* (C.H. Beck 2016).

²² D Grimm, *The Constitution of European Democracy* (Oxford University Press 2017).

²³ D Grimm, ‘Integration by constitution’ [2005] 3(2-3) *International Journal of Constitutional Law* 208.

²⁴ Рішення про встановлення прямої дії законодавства ЄС, згідно з яким воно реалізується у державах-членах без додаткового парламентського обговорення (1963 р.), рішення про примат законодавства ЄС над національним (1964 р.), рішення про притягнення держав-членів до відповідальності за невиконання директив ЄС (1991 р.).

залежності виконавчих і судових органів ЄС від демократичного контролю громадян. Установчі договори містять багато положень, які в державах-членах відносяться до поточного законодавства. Вони перевантажені нормами, які можна було б віднести до вторинного права ЄС, що підлягає парламентському розгляду, а отже, парламентському контролю. Звідси пропозиція Д. Грімма переглянути й реструктурувати договори, скоротити кількість норм і забезпечити їхній рівень, необхідний для виконання конституційної функції.

У цьому ж напрямі звучить ще одна рекомендація вченого: про новий розподіл повноважень ЄС і держав-учасниць, щоб ‘обмежити європейський експансіонізм, навіть якщо це вплине на спільний ринок (Європі потрібні принципи, а не прагматизм)’.

Ще один сюжет у пропонованій Д. Гріммом програмі реформування ЄС, пов’язаний з Європарламентом. Після Лісабонського договору розширення компетенції Європарламенту в ухваленні рішень в ЄС не виправило ситуацію з дефіцитом демократичної легітимності. Учений критикує пропозиції про подальшу “парламентаризацію” ЄС шляхом наділення парламенту повноваженнями, які зазвичай мають національні парламенти. На його думку, однією з причин кризи ЄС є “роз’єднання” між громадянами та їхніми представниками в Європарламенті: на виборах виборці голосують за національні партії, європеїзація яких відбувається вже після виборів при формуванні фракцій. Д. Грімм пропонує вихід у вигляді формування “європейських партій” і єдиних виборів до Європарламенту, що розширить взаємодію з органами ЄС та дасть виборцям можливість більш безпосередньо впливати на європейську політику.

Особливо критичні висловлювання Д. Грімма щодо Суду ЄС. Саме його вчений називає істинним винуватцем демократичного дефіциту. Рішення Суду не підлягають загальнонаціональному перегляду, що ставить його над суверенними державами, людьми і їх демократично обраними органами управління в державах-членах. Оскільки Суд ЄС засновує свою діяльність на принципі судового активізму, а його рішення отримали статус обов’язковості, з плином часу був вироблений величезний звід норм, яким підпорядковуються громадяни, не маючи ніякого контролю над цією інстанцією. Д. Грімм закликає переглянути статус і компетенцію Суду й ‘позбавити його тієї вищої неприступною позиції, яку він займає сьогодні’.

Звичайно, висловлені в праці “Конституція європейської демократії” судження Д. Грімма не є безперечними. Вони слугують предметом критики і дискусійних обговорень. Але Д. Грімм – переконаний європеєць, прихильник європейського проекту, який шукає шляхи виходу з кризо-

вого стану (легітимні ресурси) ЄС. Він відкритий критиці, про що свідчать, зокрема, матеріали ювілейного авторського колоквиуму, проведеного в Білефельді з нагоди 80-річчя ученого²⁵. Замість звичних академічних урочистостей відбулася жвава дискусія, у процесі якої вчені-конституціоналісти Німеччини аналізували наукову творчість професора Д. Грімма, іноді з досить критичними зауваженнями. Ювіляр спокійно сприймав та аргументовано відповідав на критику.

Неординарність особистості Д. Грімма проявилася і в науковому біографічному інтерв'ю, яке він дав до свого ювілея²⁶ трьом відомим ученим-конституціоналістам Німеччини. Запитання, які ставилися (часом досить гострого характеру), переходили в жваву дискусію з приводу складних конституційних проблем (базова догма і розуміння основних прав, спірні й прецедентні рішення Конституційного Суду Німеччини, європейські перспективи тощо). Під час інтерв'ю розкривався особистий юридичний досвід Д. Грімма і його громадянська позиція з актуальних політико-юридичних питань. Публікація великого (330 сторінок) та інтелектуально насиченого інтерв'ю була сприйнята як ще одна монографічна праця видатного конституціоналіста.

Вивчення і служіння Конституції (він називає Основний Закон ФРН “моя Конституція”) стали справою життя професора Д. Грімма, сенсом його дослідницької та педагогічної роботи. Тому саме у цьому контексті може бути розшифрована його самохарактеристика: “Я – друг Конституції”.

²⁵ *Verfassung: Geschichte, Gegenwart, Zukunft. Autorenkolloquium mit Dieter Grimm* (Nomos Verlag 2018).

²⁶ “*Ich bin ein Freund der Verfassung*”. *Wissenschaftsbiographisches Interview von Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Roßbach* (Mohr Siebeck Verlag 2017).

RATIO DECIDENDI – ЄДНІСТЬ ТА СТАЛІСТЬ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ*

Практика Європейського суду з прав людини

ВИТЯГ ІЗ РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ ВІД 16 БЕРЕЗНЯ 2006 РОКУ У СПРАВІ “ЖДАНОКА ПРОТИ ЛАТВІЇ”**

Основні факти

Заявниця – Тетяна Жданока, громадянка Латвії, 1950 р. народження, проживає у м. Рига. Вона була першою у списку кандидатів від виборчого об'єднання, відомого як альянс “За права людини в об'єднаній Латвії” (*Par cilvēka tiesibat vienota Latvija*) (далі – ПЛОЛ) на європейських виборах у червні 2004 р. Її заява стосувалася рішення, яким її кандидатуру визнано такою, що не відповідає необхідним критеріям, які дозволяють виступати на виборах кандидатом від Латвії, з огляду на її колишнє членство в політичній партії, яку оголошено неконституційною, та з огляду на її діяльність у ній.

Пані Жданока стала членом Комуністичної партії Латвії (далі – КПЛ) у 1971 р.; це був регіональний осередок Комуністичної партії Радянського Союзу (далі – КПРС). У 1990 р. її було обрано депутатом Верховної Ради Радянської Соціалістичної Республіки Латвія (строк її повноважень закінчився у 1993 р.). Після відновлення незалежності Латвії КПЛ, яка, за твердженнями Уряду, брала участь у двох спробах здійснити державний переворот, було оголошено неконституційною, і 10 вересня 1991 р. Верховна Рада оголосила про її розпуск.

У 1993 р. заявниця стає головою “Руху за соціальну справедливість та рівні права в Латвії”, який згодом перетворився у політичну партію під назвою “Рівні права” У 1997 р. її обрано до Ризької міської ради, і вона спробувала балотуватись як кандидат на парламентських виборах 1998 р. Однак Центральна виборча комісія (далі – ЦВК) постановила, що її кандидатура несумісна з виборчим законодавством, згідно з яким особи, які “брали активну участь” у діяльності КПЛ після 13 січня 1991 р., права балотуватися не мають. Не бажаючи піддавати увесь список кандидатур ризику відмови в реєстрації, заявниця відкликала свою кандидатуру.

www.pravoua.com.ua

* Рубрика функціонує під егідою Юридичного порталу RATIO DECIDENDI.

** Витяг із рішення Європейського суду з прав людини від 16 березня 2006 р. у справі “Жданока проти Латвії”, сформований О. Посикалюком.

На підставі заяви Генеральної прокуратури Ризький обласний суд ухвалив рішення, яким визнав, що заявниця брала участь у діяльності КПЛ після зазначеної дати. 15 грудня 1999 р. палата у цивільних справах Верховного суду, розглядаючи справу в апеляційному провадженні, залишила це рішення без змін. Оскільки рішення підлягало безпосередньому виконанню в примусовому порядку, заявниця втратила право на виборчу посаду, а отже, і свій депутатський мандат у місцевій раді. Після цього вона звернулася з апеляцією з питань права до касаційної палати Верховного суду, але апеляцію було оголошено неприйнятною.

У 2002 р. заявниця намагалася балотуватися на виборах до парламенту; її партія утворила з двома іншими партіями виборчий блок під назвою ПЛОЛ. Однак, посилаючись на рішення палати у цивільних справах від 1999 р., ЦВК вилучила її ім'я зі списку кандидатів.

Оцінка Європейського суду з прав людини (далі – Суд)

Загальні принципи, встановлені прецедентною практикою органів Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)

а) Демократія та її захист у системі Конвенції

98. Демократія є головною складовою “європейського публічного порядку”. Це очевидно, по-перше, з преамбули Конвенції, в якій встановлений дуже чіткий зв'язок між Конвенцією і демократією шляхом ствердження, що захист і здійснення прав людини та основоположних свобод найкраще забезпечуються, з одного боку, дієвим демократичним політичним режимом, а з другого – загальним розумінням і дотриманням прав людини. У преамбулі також стверджується, що європейські держави мають спільну спадщину політичних традицій, ідеалів свободи і верховенства права. Ця спільна спадщина полягає в основних цінностях Конвенції; також Суд неодноразово вказував, що Конвенція покликана захищати та просувати ідеали і цінності демократичного суспільства. Інакше кажучи, демократія є єдиною політичною моделлю, яку розглядає Конвенція, а отже, єдиною сумісною з нею (див., серед інших прецедентів, рішення Суду у справі “Єдина Комуністична партія Туреччини та інші проти Туреччини”, § 45, рр. 21–22; рішення Великої палати Суду у справі “Рефах партісі (Партія добробуту) та інші проти Туреччини” (*Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*), скарги № 41340/98, № 41342/98, № 41343/98 і № 41344/98, § 86, *ECHR* 2003-II; та рішення Великої палати Суду у справі “Горжелік та інші проти Польщі” (*Gorzelik and others v. Poland*), скарга № 44158/98, § 89, *ECHR* 2004-II).

99. Не можна виключати, що особа або група осіб посилаються на права, закріплені в Конвенції або протоколах до неї, для отримання права займатися діяльністю, спрямованою на скасування прав і свобод,

визнаних Конвенцією; будь-яке таке скасування поклало б край демократії. Саме ця стурбованість змусила авторів Конвенції прийняти ст. 17, відповідно до якої ‘жодне з положень цієї Конвенції не може тлумачитись як таке, що надає будь-якій державі, групі чи особі право займатися будь-якою діяльністю або вчиняти будь-яку дію, спрямовану на скасування будь-яких прав і свобод, визнаних цією Конвенцією, або на їх обмеження в більшому обсязі, ніж це передбачено в Конвенції’ (див. Збірник підготовчих робіт: звіти Консультативної асамблеї (*Recueil des Travaux Preparatoires: Comptes Rendus de l'Assemblée Consultative*), 1949 р., рр. 1235–1239). З огляду на цей висновок, Суд визнав, що нікому не повинно бути дозволено посилатися на положення Конвенції для того, щоб применшити або знищити ідеали та цінності демократії (див. згадане вище рішення Великої палати Суду у справі “Рефах партісі (Партія добробуту) і інші проти Туреччини”, § 99).

100. Отже, щоб забезпечити стабільність та ефективність демократичного ладу, держава може вживати конкретні заходи для його захисту. Отже, у рішенні у справі “Фогт проти Німеччини” про вимогу політичної лояльності державних службовців Суд визнав правомірність поняття “демократія здатна захищатися”. Він також встановив, що плюралізм і демократія ґрунтуються на компромісі, що вимагає деяких поступок з боку осіб, які інколи повинні сприймати обмеження деяких свобод для того, щоб забезпечити більшу стабільність країни загалом (див. згадане вище рішення Великої палати Суду у справі “Рефах партісі (Партія добробуту) та інші проти Туреччини”, § 99). Потім виникає проблема досягнення компромісу між вимогами відстоювати демократичне суспільство, з одного боку, та захищати права людини – з другого (див. згадане вище рішення Суду у справі “Єдина комуністична партія Туреччини та інші проти Туреччини”, § 32, р. 18). Кожен раз, коли держава вважає за потрібне посилатися на принцип “демократія здатна захищатися”, для того, щоб виправдати втручання в права людини, вона повинна ретельно зважувати межі та наслідки передбачених заходів для того, щоб забезпечити досягнення зазначеного балансу.

101. Нарешті, що стосується застосування заходів з метою захисту цінностей демократії, Суд у справі “Рефах партісі (Партія добробуту) та інші проти Туреччини” заявив (§ 102):

‘<...> Суд вважає, що від держави не можна вимагати того, щоб вона чекала, перш ніж втрутитися, доти, доки політична партія не захопить владу і не вчинить конкретних кроків щодо застосування політики, яка несумісна зі стандартами Конвенції і демократією, навіть якщо загроза цієї політики достатньо встановлена і неминуча. Суд погодився з тим,

що якщо наявність подібної небезпеки встановлено національними судами за результатами детального вивчення, що піддається суворому європейському нагляду, держава може “розумно запобігти здійсненню подібної політики, яка несумісна з положеннями Конвенції, перш ніж буде зроблена спроба здійснити її за допомогою конкретних кроків, які можуть зашкодити громадянському миру і демократичному режиму країни” <...>’.

b) Критерії, які використовує Суд щодо ст. 3 Першого протоколу до Конвенції

102. Стаття 3 Першого протоколу до Конвенції відрізняється від інших положень Конвенції та протоколів до неї, оскільки сформульована у вигляді зобов’язання Високої Договірної Сторони проводити вибори, які забезпечують вільне волевиявлення народу, а не у вигляді права або свободи. Водночас, беручи до уваги підготовчу роботу до ст. 3 Першого протоколу до Конвенції і тлумачення, яке дається цьому положенню у межах Конвенції загалом, Суд встановив, що воно також передбачає суб’єктивні права, включаючи право обирати й бути обраними на виборах (див. рішення у справі “Матьє-Моєн і Клерфейт проти Бельгії” (*Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium*) від 2 березня 1987 р., *Series A*, № 113, § 46–51, pp. 22–23).

103. Права, що гарантуються ст. 3 Першого протоколу до Конвенції, мають вирішальне значення для встановлення і підтримки основ дійсного демократичного ладу за допомогою верховенства права. Утім, ці права не є абсолютними. Стаття 3 Першого протоколу до Конвенції визнає, що “припускаються обмеження”, і Високі Договірні Сторони повинні володіти межами розсуду у цій галузі. Суд ще раз підтверджує, що межі розсуду у цій галузі широкі (див. згадане вище рішення Суду у справі “Матьє-Моєн і Клерфейт проти Бельгії”, § 52, і, серед недавніх прецедентів, рішення Великої палати Суду у справі “Метьюз проти Сполученого Королівства” (*Matthews v. United Kingdom*), скарга № 24833/94, § 63, *ECHR* 1999-I; рішення Великої палати Суду у справі “Лабіта проти Італії” (*Labita v. Italy*), скарга № 26772/95, § 201, *ECHR* 2000-IV; та рішення Суду у справі “Подколзина проти Латвії” (*Podkolzina v. Latvia*), скарга № 46726/99, § 33, *ECHR* 2002-II). Існує багато способів організації та управління виборчими системами і безліч відмінностей, серед іншого, в історичному розвитку, культурному різноманітті та політичній думці в межах Європи, кожна Договірна Держава має формувати своє власне бачення демократії (див. рішення Великої палати Суду у справі “Херст проти Сполученого Королівства (№ 2)” (*Hirst v. United Kingdom (№ 2)*), скарга № 74025/01, § 61, *ECHR* 2005).

104. Однак Суд повинен остаточно визначити, чи були дотримані вимоги ст. 3 Першого протоколу до Конвенції; він має упевнитися в тому, що умови, встановлені для права обирати й бути обраними, не обмежують вказані права до такої міри, щоб порушувати саму їхню суть і позбавляють їх ефективності, що вони мають законну мету і використані засоби є пропорційними (див. згадане вище рішення Суду у справі “Матьє-Моєн і Клерфейт проти Бельгії”). Зокрема, жодна з таких умов не повинна перешкоджати здійсненню свободи волевиявлення народу при виборах законодавчої влади. Інакше кажучи, вони повинні відображати або не протидіяти цілісності та ефективності виборчої процедури, спрямованої на волевиявлення народу шляхом загального виборчого права (див. згадане вище рішення Великої палати Суду у справі “Херст проти Сполученого Королівства (№ 2)”, § 62).

3. Застосування цих принципів у зазначеній справі

121. Оскаржене обмеження, передбачене латвійським законодавством у ч. 6 ст. 5 Закону 1995 р., яке перешкоджає особам, які “активно брали участь” у діяльності КПЛ із 13 січня 1991 р. і до припинення діяльності партії у вересні 1991 р., балотуватися до парламенту, має оцінюватися з урахуванням дуже особливого політико-історичного контексту й широких меж розсуду, яким володіє держава у зв’язку з цим.

122. Сторони не дійшли згоди в питанні про те, чи є оскаржене обмеження превентивним або каральним заходом. На думку Суду, головною метою оскаржуваного законодавства було не застосування санкцій до осіб, які брали активну участь у діяльності КПЛ. Імовірніше за все метою було захистити недоторканність демократичного процесу, виключивши участь у роботі демократичного законодавчого органу тих, хто відіграв активну й керівну роль у партії, яка прямо причетна до спроби насильницького повалення нововстановленого демократичного ладу. Безумовно, в законодавстві не вказано, що цей захід застосовується безстроково, однак не видається, що він є тимчасовим. Незважаючи на таку неоднозначність, наміри законодавчої влади були спрямовані радше на попередження, аніж санкцію. Висновки Конституційного Суду від 30 серпня 2000 р. і подальший періодичний перегляд законодавства на національному рівні підтверджують цей висновок.

123. У справі “Рефах партісі (Партія добробуту) та інші проти Туреччини” Суд встановив, що дії керівників партії можуть бути приписані самій партії, якщо вона не дистанціюється від них. Висновок може бути однаково істинним за таких обставин, як обставини справи, а саме в тому, що вчинки партії можуть бути приписані її членам, особливо тим, хто є провідними фігурами в ній, якщо тільки ці члени не віддаляються від

цих дій. Звичайно, поведінка політика складається не тільки з дій або виступів, а й із його бездіяльності або мовчання, які можуть являти собою дії, що вказують на позицію політика. Зважаючи на вирішальні події для збереження демократії в Латвії, які відбулися після 13 січня 1991 р., законодавчий орган міг розумно припускати, що основні лідери КПЛ займають антидемократичну позицію, крім тих випадків, коли зацікавлені особи своїми діями спростували таке припущення, наприклад, певним чином відмежувалися від КПЛ під час розглянутих подій. Заявниця ж не зробила будь-якої заяви про відсторонення від КПРС або КПЛ у розглянутий період чи в будь-який час після цього.

4. Висновки Суду

132. Позиція латвійської влади про те, що навіть сьогодні колишнє становище заявниці в КПЛ у поєднанні з її поведінкою під час подій 1991 р., досі підтверджує виключення її кандидатури в національний парламент, може вважатися такою, що відповідає вимогам ст. 3 Першого протоколу до Конвенції. Оскаржене обмеження, встановлене законодавством щодо заявниці, не вважається свавільним або непропорційним. Нинішня чи нещодавня поведінка заявниці не є предметом для розгляду, враховуючи, що законодавче обмеження стосується лише її політичної позиції під час вирішального періоду боротьби Латвії за “демократію і незалежність” у 1991 р.

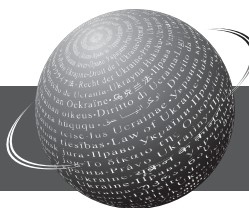
133. Хоча такий захід навряд чи можна вважати прийнятним у контексті однієї політичної системи, наприклад, у країні, яка має сформовану структуру демократичних інститутів і налічує багато десятиліть чи століть, однак він може вважатися прийнятним у Латвії з урахуванням історико-політичного контексту, який призвів до його прийняття, та спричинив загрозу новому демократичному ладу, викликаному відродженням ідей, які, якщо дати їм можливість набути популярності, можуть виявитися здатними відновити колишній режим.

134. Таким чином, Суд визнає у цій справі, що національні органи Латвії, як законодавчі, так і судові, мають більше можливостей для оцінки труднощів, які виникають при встановленні та збереженні демократичного ладу. Тому цим органам влади слід надати достатньо широкі можливості при визначенні потреб суспільства у формуванні довіри до нових демократичних інститутів, зокрема, до національного парламенту, і при з’ясуванні того, чи є необхідним для цих цілей оскаржуваний захід за умови, що Суд не знайшов нічого свавільного або непропорційного в цьому визначенні. У зв’язку з цим Суд також надав значення тому факту, що Парламент Латвії регулярно переглядає ч. 6 ст. 5 Закону 1995 р., останній раз у 2004 р. Ще важливіше, що Конституційний Суд

Латвії у своєму рішенні від 30 серпня 2000 р. ретельно розглянув історичні та політичні обставини, які спричинили прийняття закону в Латвії, визнавши, що обмеження не було ні свавільним, ні непропорційним на той момент, тобто через дев'ять років після розглянутих подій.

135. Слід зазначити, що Конституційний Суд Латвії у своєму рішенні від 30 серпня 2000 р. вказав, що Парламент Латвії має встановити граничний строк обмеження. Беручи до уваги це застереження, і навіть якщо в цей час не можна вважати, що Латвія перевищила межі розсуду з точки зору ст. 3 Першого протоколу до Конвенції, Парламент Латвії, щонайменше, повинен забезпечити постійний контроль за встановленим законодавством обмеженням із метою припинення його застосування у найкоротші терміни. Цей висновок видається ще більш виправданим з огляду на стабільність, яка зараз панує в Латвії, зокрема, через повну європейську інтеграцію. Отже, невчинення латвійським парламентом активних дій у цьому контексті може призвести до іншого висновку Суду (див., *mutatis mutandis*, рішення у справі “Шеффілд і Хоршем проти Сполученого Королівства” (*Sheffield and Horsham v. United Kingdom*) від 30 липня 1998 р., *Reports* 1998-V, § 60; та постанова Великої палати Європейського суду у справі “Крістін Гудвін проти Сполученого Королівства” (*Christine Goodwin v. United Kingdom*), скарга № 28957/95, § 71–93, *ECHR* 2002-VI).

136. Суд дійшов висновку, що не було порушення ст. 3 Першого протоколу до Конвенції.



ІНФОРМАЦІЯ
ДЛЯ ПЕРЕДПЛАТНИКІВ, АВТОРІВ І ЧИТАЧІВ
ЮРИДИЧНОГО ЖУРНАЛУ “ПРАВО УКРАЇНИ”

Передплата
юридичного журналу “Право України” здійснюється
у поштових відділеннях ПАТ “Укрпошта”
(ПЕРЕДПЛАТНИЙ ІНДЕКС – 74424),
у редакції журналу
за адресою: вул. Багговутівська, 17–21,
м. Київ, 04107, Україна
тел./факс: +380(44) 537–51–11
на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

Відомості про передплату
юридичного журналу “Право України”
вміщено у Каталозі видань України на I півріччя 2020 р. (с. 176)

Електронні версії номерів журналу
можна замовити на веб-сайті видання:
<http://www.pravoua.com.ua>

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ

“ПРАВО УКРАЇНИ”

11
2019

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 23026–12866ПР від 28.12.2017 р.

Редагування *О. Красненко*
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Мягкова*

Підп. до друку 24.12.2019. Формат 70x100/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. 29,25. Обл.-вид. арк. 24,66.
Зам. 1219-1277. Ціна договірна.

АДРЕСА РЕДАКЦІЇ:
вул. Багговутівська, 17–21, м. Київ, 04107, Україна
Телефони: +380(44) 537-51-00 (головний редактор),
+380(44) 537-51-10 (редакція)

www.pravoua.com.ua

Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.

Виготовлено в друкарні
ТОВ «Видавничий Дім «АртеК»
Україна, 04050, м. Київ, вул. Юрія Ілленка, 63,
тел. +380(67) 440-11-37
artek.press@ukr.net
www.artek.press

www.book-on-demand.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4779 від 15.10.2014 р.