

УДК 341.64

ІМПЛЕМЕНТАЦІЯ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ТА ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ: МІЖНАРОДНО- ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПРАКТИКИ ДЕРЖАВ



ІЛЬЧЕНКО І. М.,
здобувач факультету
правничих наук
Національного університету
«Києво-Могилянська академія»

Стаття присвячена актуальній для України проблемі імплементації Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та прецедентної практики Європейського суду з прав людини з метою превенції в подальшому порушень зі сторони України та сприяти входженню її у єдине правове поле *ius commune* Європейських Спільнот. Імплементація відбувається в умовах конвергенції романо-германської та англосаксонської правових систем країн Європи. Автор статті виділяє п'ять етапів кристалізації проблеми та шляхів її розв'язання.
Ключові слова: Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини, імплементація, конвергенція, *ius commune*.

Дванадцять років минуло з моменту ратифікації (17 липня 1997 року) Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), а ми продовжуємо перебувати в п'ятірці лідерів – держав за кількістю справ на розгляді Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд), а саме займати четверте місце після Росії (26 350 справ), Туреччини (11 000 справ) та Румунії (9000 справ). Станом на грудень 2008 року в Європейському суді на розгляді загалом перебувало 96 550 справ проти держав-сторін Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (далі – Конвенція). З них 8500 справ проти України, що складає 8,8% від загальної кількості справ (станом на початок 2008 року – 7%, 2007 – 7,6%, 2006 – 5,7 %).

Майже шістьдесят років тому (4 листопада 1950 року) перша група країн Європи, прагнучи до колективного забезпечення додержання прав людини, прийняла спільний «Основний

Закон» – Європейську конвенцію про захист прав людини і основних свобод. Конвенція послужила еволюційним архівом концепції «прав людини» з метою зберегти спільний спадок політичних традицій, ідеалів, свобод та принципу верховенства права країн Європи¹, що простежуються ще у пам'ятці римського права Інституцій Юстиніана². В Конвенції знайшли своє втілення здобутки демократичних революцій Європи та Америки, реалізувалися ідеї Просвітництва Д. Локка³, Ш. Монтеск'є, Жан-Жака Руссо⁴ та Р. Декарта. Англійська Magna Carta Libertatum XIII століття та традиції обмеженої урядової влади, здобуті у Славній революції 1688 року (Біль про права); американські і французькі тексти 1776, 1789 та 1791 років⁵ органічно влилися червоною ниткою у текст Конвенції.

Україна фактично стоїть перед вибором: приєднатися до них чи ні. Щоб зробити вибір, його необхідно «усвідомити». Людина не змінює своїх поглядів, а еволюціонує, «доходить» до тих, які і так зрозумілі. Це вибір, скористаємося словами Канта, «належного, до якого потрібно прагнути відповідно до вимог розуму», можливостей нашого розуму. Для наших нащадків «смертна кара» стане диким варварством, яким ми зараз вважаємо таке покарання минулих століть, як відрубання кінцівок.

Очевидно, що ні в кого не виникає сумніву щодо необхідності застосування Конвенції та практики Європейського Суду з метою запобігання в подальшому порушень зі сторони України та сприяння входженню її у єдине правове поле *ius cottinpe* Європейських Спільнот.

Автор виділяє п'ять поступових етапів кристалізації проблеми та шляхів її розв'язання.

Перший, правовий режим Конвенції в Україні – це колегіальний захист прав особи як здійснення міжнародних зобов'язань, взятих на себе країною-учасницею по імплементації норм Конвенції та прецедентної практики Європейського суду через виконання рішень Європейського Суду. Як зазначила з цього приводу Єврокомісія:

«Зобов'язання, підписані Договірними Державами в Конвенції, мають по суті об'єктивний характер, тобто вони мають ціллю захист основних прав окремих осіб від порушень зі сторони Договірної Держави.» (Autriche v. Italie, p. 141).

Зазначена вище імплементація міжнародних зобов'язань забезпечує входження України як країни-учасниці у єдине правове поле *ius cottinpe* Європейських Спільнот та встановлення єдиного європейського публічного порядку, що базується на верховенстві права. У даному контексті Європейський суд зазначив, що «конвенція спрямована на реалізацію цілей та ідеалів Ради Європи та становлення європейського публічного порядку, спільного для вільних демократій, для збереження спільного спадку політич-

них, ідеологічних традицій, свободи і верховенства права» (*Autriche v. Italy, p. 139*).

А основна ціль Конвенції полягає в тому, щоб «встановити відповідні міжнародні стандарти, яких повинні дотримуватися Договірними Державами у їх взаємовідносинах з особами, що знаходяться під їх юрисдикцією (...). Сказане не означає вимогу абсолютної однотипності: Договірні сторони вільні у виборі засобів, які вони вважають за необхідне, а Європейський Суд не може забувати про особливості їх матеріально-го і процесуального права» (*Sundy Times, p. 161*)⁶.

Отже, Конвенція є обов'язковим для виконання міжнародно-правовим договором. Окрім того, більшість авторів – спеціалістів з міжнародного права – дотримуються думки, що у разі суперечностей між нормами міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою, і нормами національного законодавства пріоритетному застосуванню підлягають **норми міжнародних договорів**. Основні аргументи на користь цієї позиції:

По-перше, це міжнародний принцип, фактично закріплений **ст. 8 Конституції України**, добросовісного виконання Україною своїх міжнародних зобов'язань⁷, що, в свою чергу обумовлено зміцненням універсальних тенденцій у сучасному міжнародному співтоваристві, до яких належить «застосування примату міжнародного права»⁸, який ґрунтується:

– на **ст. 26 і 27 Віденської конвенції «Про право міжнародних договорів» 1969 року** (ратифікована Україною 14 травня 1986 року), у яких зафіксовано, що «кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен добросовісно виконуватись» (**acta sunt servanda**) та що «учасник не може посилатись на положення свого внутрішнього права як на виправдання для невиконання ним договору»;

– на **ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» 29 червня 2004 року**, яким прямо визначається: «...якщо міжнародним договором України який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору».

По-друге, при обґрунтуванні пріоритетності норм ратифікованих Верховною Радою міжнародних договорів, що стосуються прав і свобод людини, зокрема Конвенції, перед нормами національного законодавства науковці Львівського університету Рабінович П. М., Раданович К. М.⁹ акцентують увагу на **ч. 3 ст. 8 Конституції** згідно з якою «при прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод».

Конвенція є неперевершеним витвором, але написаним «ліриками» (антитеза «фізиком»¹⁰), оскільки норми Конвенції сформульовані над-

звичайно широко, з текстової точки зору, і надзвичайно стисло й компресовано, але всеохоплююче – зі змістової. Це абсолютно новий концептуальний підхід, і цей документ не спрацював би в нашій країні, і, можливо, в країнах з розвинутою демократією без додаткового інструменту, який би забезпечив широке тлумачення цих понять і контроль за додержанням зобов'язань держави за цією Конвенцією.

Таким інструментом є Європейський Суд з прав людини – єдиний вправі тлумачити норми Конвенції. Здійснює він це через *судові рішення* (ст. 32 Конвенції), які:

а) є *обов'язковими* щодо розуміння Конвенції не лише для сторін по справі (ст. 46 Конвенції), а й для інших держав – учасниць Ради Європи, які ратифікували її пізніше, ніж Європейський Суд постановив відповідне рішення. Останній висновок впливає з положень *стст. 31–33 Конвенції про право міжнародних договорів* (Відень, 1969 рік).

б) за своїм змістом є *прецедентними*.

Право, що творить Європейський суд, займає особливе становище в системі європейського права, оскільки є Страсбурзьким *acquis*, серцевиною Європейського права.

Отож, з одного боку, юридична своєрідність Конвенції полягає в тому, що вона є «живим» документом, який діє через рішення Європейського суду. Положення Конвенції існують не самі по собі, а в тому вигляді, в якому їх розуміє і застосовує Суд при розгляді конкретних справ. Іншими словами, свого реального життя конвенційні норми набувають саме в рішеннях Суду. Без них Конвенція мертва, як неможливо уявити Раду Європи без Конвенції. Тому *«норми Конвенції діють так, як вони витлумачені Судом»* (див. додаток № 3)¹¹.

При цьому, на диво рідними видаються слова голови Верховного Суду США *Чарльза Хьюза (1862–1948 рр.)*: *«Конституція США – це те, що Суд скаже про неї»*.

Другий етап – дія прецедентів Європейського Суду в континентально-правовій системі України.

В кожній країні діють свої правові звичаї, традиції, законодавство, юрисдикційні органи, особливості правового менталітету, правової культури, які склалися історично¹².

У *романо-германському (континентальному) типі правових систем*, з яким ідентифікується сучасна правова система України, нормативно-правовий акт є основним джерелом права. Традиції цієї системи відкидають прецедент як джерело права, який ще має назву традиції *«Великої Французької революції 1789 року»*, що керується принципом *«парламентського суверенітету»* і теорією *«жорсткого поділу влади»*: судді повинні застосовувати, а не творити право, бо вони не обираються народом і не відповідають перед ним за своєю діяльністю. Закон, як нормативний акт найвищої юридичної сили, був для

суддів священним, а принцип парламентського суверенітету – непорушним. Причому судам за цих умов традиційно відводилася роль «механічного правозастосовувача» або, словами автора теорії поділу влади *Ш. Монтеск'є*, *«вуст, що вимовляють слова закону»*.

Про те, що питання судового тлумачення норм права з давніх часів хвилювало всіх, а в першу чергу законодавців, свідчить *Указ короля Німеччини - Фрідріха II (1780 року)*, в якому він зазначив: *«Неприпустимо, щоб якийсь суддя дозволяв собі інтерпретувати, розширювати чи звужувати дію Нашого закону, або ще й дозволяв собі встановлювати власний»*.

Це положення закріплювалось у спеціальному законі *Франції «Про судюстрій» від 1790 року*: *«Судді не можуть, прямо чи опосередковано, здійснювати законодавчу владу та припиняти дію або відкладати виконання актів законодавчого плану»*, *«вони повинні завжди запитувати законодавчий орган, якщо це необхідно для тлумачення закону, пояснити наміри законодавців або прийняти новий закон»*¹³.

У випадку запозичення з континентального права, імпортування норм правових цінностей правової системи пояснюється саме потужною конституційною традицією країн, таких як Німеччина та Франція¹⁴, що робить даний процес авторитетнішим, а *«протистояння експансії»* іншої країни слабшим¹⁵. В той же час в кожній з цих країн збережено багато специфічного, що віддзеркалює особливості розвитку.

З урахуванням системи норм і принципів *системи загального права* функціонує багато національних законодавств (Великобританії, Австралії) та міжнародних організацій, де судді в процесі прийняття рішень самостійно формулювали правові принципи, що набували загальноправового значення під час їх подальшого застосування.

Традиційно *загальне право* ототожнювали з судовим (з англ. *judge-made law* – право, створене судами), оскільки воно формулюється виключно судами. Слід також зазначити, що синонімом судового права є прецедентне право, термін, який вживається для позначення судових рішень, зміст яких (мотивувальна частина) або не збігається з чинним законодавством, або стосується тих речей, що не передбачалися при прийнятті законів у розрізі вищевикладеного у попередніх розділах. Прецеденти Європейського Суду *не* відповідають *класичній доктрині* прецедентного права (*case law*) і є більш близькими до *континентального поняття «судова практика» (jurisprudence)*, яка тісно пов'язана з діючими джерелами права та є уподібненою, послідовною позицією судів з тих чи інших питань правозастосування.

Вищевикладений історико-правовий аналіз доводить, що прецедентна практика Суду стала надбанням двох традиційних систем Європи.

Особливість практики Суду полягає в тому, що останній в своїй діяльності поєднує елементи як континентального, так і загального прав, обґрунтовуючи свої рішення не тільки нормами Конвенції та своєю попередньою практикою. При цьому використовує приписи, сформульовані з текстової точки зору, стисло і компресовано, але всеохоплююче зі змістової точки зору, для нашої юридичної ментальності, яка побудована на законах (їх умовно називають «закон-інструкція», де розписано все до дрібниць¹⁶ (справедливості, розумності, природного права, відповідності моральним критеріям суспільної необхідності).

Європейський Суд неодноразово висловлювався з приводу того, що він «*незв'язаний своїми попередніми рішеннями*», на відміну від Конституційного Суду України, який зобов'язаний керуватися своїми попередніми рішеннями. Хоча рішення, в яких висловлені правові позиції Суду, мають особливий авторитет і використовуються Європейським Судом та національними судами як критерії ефективності застосування конвенційних норм та національних норм права. Вони є *своєрідними правовими стандартами з захисту прав людини єдиного правового поля Європи*. З іншої сторони, норми Конвенції є нормами прямої дії, тому прецеденти Європейського Суду створюються і діють в межах її положень та протоколів до неї, засновані на інтерпретації її норм та використовуються у зв'язку з ними. Вони як «*тінь*» інтерпретованої статті Конвенції, що нерозривно пов'язані з нею. Формат Європейської конвенції і механізм, який забезпечує функціонування її положень – прецедентне право Європейського Суду з прав людини, нагадує «*змію, яка кусає себе за хвіст*» – Конвенція не може існувати без інтерпретації європейським судом, а Європейський суд не може творити без Конвенції.

По-третє – імплементація Конвенції та прецедентного права Європейського суду:

Імплементація (лат. *impleo* – наповняю, здійснюю) у найбільш загальному розумінні цього терміна означає здійснення міжнародних і внутрішньодержавних норм для виконання міжнародних зобов'язань, а також створення як на міжнародному, так і внутрішньодержавному рівні умов для такого здійснення¹⁷.

Дослідники імплементації Конвенції не завжди пов'язують **імплементацію останньої з її прямою дією**¹⁸. Як видно зі справ «*Шведська спілка машиністів проти Швеції*» та «*Ірландія проти Сполученого Королівства*»¹⁹, Суд не вимагає, щоб держави вводили Конвенцію в дію через своє право, і те, що національні суди **не можуть прямо застосувати передбачені Конвенцією норми, не є порушенням Конвенції**.

Самовиконуваних міжнародних договорів в реальності майже не існує²⁰, окрім скасування смертної кари за ст. 1 Протоколу 6, і то ми по-

требували «*імплементаційного рішення*», яким і стало так би мовити фактичне, але «приховане» застосування прецедентного права Європейського суду, Рішення Конституційного суду про скасування смертної кари від 29.12.1999 року. Смертна кара як вид покарання суперечить також (поряд зі ст. 1 та 3 Конституції – прим. автора) ст. 28 Конституції України, відповідно до якої «*ніхто не може бути підданий катуванню жорстокому, нелюдському чи такому, що принижує його гідність, поводженню чи покаранню*».²¹

Це продубльоване положення справи Сорінга²² має визначальну роль, оскільки це рішення по суті стало першим проявом дотримання правовою системою України європейської правової традиції в частині застосування страсбурзького прецедентного права судовою гілкою влади.

Для відповіді на наступне **четверте питання** – найефективніший спосіб імплементації – автор звертається до практики інших країн.

Оскільки Конвенція не передбачає будь-якого конкретного рішення цієї проблеми, обсяги введення Конвенції в дію через національне право істотно відрізняються²³. Ці відмінності значною мірою відображають різні положення і традиції, що існують у національному праві і стосуються повноважень виконавчої влади укладати договори і встановлювати зв'язки між міжнародним і національним правом.

В одних країнах правова традиція схиляється до «**монізму**», який відображає прагнення звести до мінімуму відмінності між національним і міжнародним правом. В інших країнах традиція віддає перевагу «**дуалізму**», який чітко розмежовує національне і міжнародне право. Немає необхідності давати короткий виклад цих різних традицій²⁴, але можна навести кілька прикладів різних національних підходів для визначення ситуації в Україні, що склалася з питанням ролі прецедентів Європейського суду в українському праві.

Проблема з'ясування місця міжнародного права в національній правовій системі грає роль «перепони» в механізмі ефективного застосування Страсбурзького права.

Наприклад, **Австрія**, яка пішла далі всіх в питанні інкорпорування Конвенції, надала положенням Конвенції статус **положень національної конституції**, таким чином, Конвенція має **пріоритет** над нормами національного права, які суперечать їй, незалежно від дати їх прийняття; Конституційний суд Австрії готовий застосовувати рішення Страсбурзького Суду, в яких дається тлумачення Конвенції²⁵. Але суди надають перевагу обмеженому, буквальному тлумаченню положень Конвенції²⁶.

У **Бельгії, Франції, Нідерландах та Швейцарії** положення Конвенції, які застосовуються прямо (без інкорпорування в національну конституцію), **мають пряму дію** в національному пра-

ві й можуть мати пріоритет над невідповідними їм положеннями національного законодавства, чинними від будь-якої дати; отже, Конвенція має більшу силу, ніж звичайне законодавство, оскільки існує норма, згідно з якою у разі виникнення невідповідності між двома положеннями однакового рівня в ієрархії норм діє те, яке набуло чинності пізніше (*lex posterior derogat lege priori*).

У Бельгії позиції Конвенції утвердилися внаслідок прийняття авторитетного рішення Конституційного суду, ухваленого у 1971 року у справі, що стосувалася права Європейських Співтовариств, в якому зазначалося, що положення прямої дії всіх договорів мають пріоритет над положеннями національного законодавства, які суперечать їм, незалежно від того, набули останні чинності до чи після ратифікації договору²⁷. У Франції в 1975 році Касаційний суд, а в 1989 році Державна рада прийняли схожі за значенням рішення²⁸ про застосування ст. 55 Конституції Франції 1958 року, згідно з якою підписані, ратифіковані і опубліковані договори мають пріоритет над французькими законами, незалежно від дати набуття ними чинності. У Нідерландах схоже конституційне положення привело до того, що судді все частіше *прямо застосовують* положення Конвенції. При цьому розглядають Конвенцію як допоміжне джерело права і, по можливості, уникають посилань на Конвенцію, надаючи перевагу конституційним нормам.²⁹ Після ратифікації Конвенції Швейцарією у 1974 році швейцарські суди часто застосовували прецедентне право Страсбурзького Суду.

У *Німеччині* та *Італії* положення Конвенції, які мають *пряму дію*, часто діють як норми звичайного законодавства, тобто в принципі вони мають пріоритет над положеннями тих законодавчих актів, які вступили в дію до набуття Конвенцією чинності в національному праві, але законодавчі акти, що вступили в дію *пізніше*, *можуть мати пріоритет над положеннями Конвенції*. Однак, у Німеччині суди надають авторитету Конвенції більшого значення, ніж це видно з такого формального твердження³⁰, в той час як в Італії суди рідко прямо застосовують передбачені Конвенцією права³¹.

В *Ірландії* і *Сполученому Королівстві* Конвенція не має сили в національному праві і не застосовується прямо національними судами. Раніше таке становище було характерним і для скандинавських країн, але тепер закони про інкорпорацію Конвенції в національне право прийняті в Данії (чинний з 1 липня 1992 року), Ісландії (з 30 травня 1994 року), Швеції (з 1 січня 1995 року) і Норвегії (буде прийнято до кінця 1995 року).

Статус Конвенції створив особливі труднощі у Сполученому Королівстві, «неписана» конституція якого не передбачає ні формального захисту основних прав, ні процедур судового контролю над базовим законодавством.

Хоча Сполучене Королівство є *першою державою*, яка ратифікувала Конвенцію у 1951 році, проте від того часу британський уряд *ніколи не виступав* за інкорпорацію Конвенції у національне право. Як показує досвід Великобританії, зв'язаний з прослуховуванням телефонних розмов, будь-який закон, прийнятий на виконання негативного рішення Страсбурзького Суду, завжди стосується конкретної проблеми.

З вище викладеного варто підсумувати, що там, де Конвенція не інкорпорована в національне право, суду, можливо, доведеться відхилити позов заявника як необґрунтований з точки зору національного права, хоча останній і матиме вагомід підстави стверджувати, що його права, передбачені Конвенцією, було порушено³².

І останнє **п'яте питання** на сьогодні – який шлях імплементації обрала Україна.

Україна не винаходила велосипед, а пішла вже протоптаним шляхом та врешті прийняла 23 лютого 2006 року довгоочікуваний Закон України *«Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»*.

Щоправда, прийнятий він тільки через 11 років з року підписання та далеко не ідеальний згідно зауважень Венеціанської комісії «За демократію через право».

Обраний шлях імплементації є, на думку автора, найефективнішим для України, але породжує нові дискусії, зокрема, навколо *застосування при розгляді справ практику Суду, включно з рішеннями проти інших країн*.

Аргументи такого підходу:

По-перше, обов'язковість тлумачень Конвенції Європейським судом для судів України впливає з міжнародних зобов'язань України, які вона взяла на себе, ратифікувавши Конвенцію та Протоколи до неї. Адже у п. 1 Закону України *«Про ратифікацію Конвенції про захист прав і основних свобод людини 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції»* прямо зазначається, що Україна повністю визнає *«дію на своїй території ст. 46 Конвенції щодо визнання обов'язковою і без укладення спеціальної угоди юрисдикції Суду з прав людини в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції»*.

По-друге, місце практики Суду в Україні з прийняттям Закону України *«Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»* набуло нормативної визначеності. Отримала нормативне закріплення *обов'язковість не тільки виконання* рішень Суду постановлених проти України, а й *застосування* Конвенції та практики Суду як *джерела права*. Зокрема закон визначає:

В ст. 2: *«Рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції»*.

- При цьому ст. 1 Закону визначає рішення як:
- а) остаточне рішення Європейського суду з прав людини у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод;
 - б) остаточне рішення Європейського суду з прав людини щодо справедливої сатисфакції у справі проти України;
 - в) рішення Європейського суду з прав людини щодо дружнього врегулювання у справі проти України.

На особливу увагу заслуговує **ст. 17** зазначеного закону, де прямо зазначається, що: «**Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права**».

Варто наголосити, що згідно ст. 1 зазначеного Закону «**практика Суду – це практика Європейського суду з прав людини та Європейської комісії з прав людини**».

По-третє, практично це означає, що **практика Суду стосовно інших країн набуває в Україні обов'язковості застосування**.

І це є логічним з метою превенції схожих рішень проти України, в іншому разі досить часто можуть виникати ситуації, коли Європейський суд задовольнятиме по суті скарги заявника на дії відповідних національних державних (судових) органів влади, постановлених без врахування практики Суду. Як свідчить практика Європейського суду останніх років, близьких за фабулою справ, розглянутих ним за скаргами фізичних і юридичних осіб з пострадянських країн, є надзвичайно громіздкою. Превенція таких порушень буде практичним втіленням теорії «патологічних перспектив». Використання досвіду не досягнень, а врахування правових провалів та прогалин інших країн задля уникнення схожих пас-ток у розвитку власної країни.³³

Здавалось, питань більше не буде, дискусії зникнуть, а сумніви розвіються. Хоча сьогодні не залишилося науковців у цій сфері, які б категорично заперечували дію судового прецеденту у національній правовій системі України, проте залишилося питання, яким саме джерелом права?

Прецедентне право в Україні ніколи, вірогідно, не посідає того місця серед джерел права, яке воно посідає в англосаксонській правовій сім'ї. Проте, заперечувати певних його перспектив у національній правовій системі не варто.

Варто наголосити, що суди України при вирішенні тих чи інших конкретних справ **не можуть обмежуватися посиланнями на рішення Європейського Суду**. Як відзначалося, вони існують у єдності з положеннями самої Конвенції, а останні в свою чергу мають використовуватися, як **додаткове джерело права** в системному зв'язку із загальними принципами права та положеннями Конституції України. Застосування Конвенції та

рішень Європейського Суду доцільно представити як формулу: стаття Конвенції – *ratio decidendi* міститься в резолютивній частині, а відповідне цій статті рішення Європейського суду (*obiter dictum*), висвітлюється в мотивувальній частині.

Проведене комплексне дослідження наявних проблем поняття та імплементації Конвенції та прецедентного права Європейського суду з прав людини, дозволяє зробити наступні висновки:

По-перше, Конвенція є обов'язковим для виконання міжнародно-правовим договором, і механізм, який забезпечує функціонування її положень, – прецедентне право Європейського Суду, нагадує «*змію, яка кусає себе за хвіст*» – Конвенція не може існувати без інтерпретації Європейським судом, а Європейський суд не може творити без Конвенції.

По-друге, імплементація Конвенції, залежно від приналежності країни до підходу «монізму» чи «дуалізму» має відмінності. Зокрема, **Австрія** надала статус національній Конституції, в той час як **Бельгія, Франція, Нідерланди та Швейцарія** визнали пріоритет Конвенції над нормами національного законодавства, враховуючи при цьому принцип *lex posterior derogat lege priori*; у **Німеччині** суди надають авторитету Конвенції більшого значення, ніж це видно з такого формального твердження, в той час як в **Італії** суди рідко прямо застосовують передбачені Конвенцією права; лише в **Ірландії та Сполученому королівстві** Конвенція не інкорпорована та не застосовується прямо національними судами.

По-третє, аналізуючи практику застосування Конвенції та практики Європейського суду національними судами зроблені наступні узагальнення:

– Конвенція є **частиною права** України, у разі суперечностей між нормами міжнародних договорів, ратифікованих Верховною Радою, і нормами національного законодавства **пріоритетному застосуванню** підлягають **норми міжнародних договорів**;

– практика Європейського суду – додаткове джерело права України. Місце практики Європейського суду в Україні з прийняттям **23 лютого 2006 року Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»** набуло нормативної визначеності. Отримала нормативне закріплення обов'язковість не тільки виконання рішень Суду постановлених проти України, а й застосування Конвенції та практики Суду як джерела права, що практично означає, що практика Суду стосовно інших країн набуває в Україні обов'язковості застосування.

– в процесі дослідження доведено, що застосування прецедентної практики Європейського суду як **додаткового джерела права** України не тільки теоретично допустиме, але й необхідне задля превенції порушень норм Конвенції Україною;

– застосування Конвенції та рішень Європей-

ського Суду доцільно представити як формулу: стаття Конвенції – *ratio decidendi* міститься в резолютивній частині, а відповідне цій статті рішення Європейського суду (*obiter dictum*) висвітлюється в мотивувальній частині.

Вищевикладене дає всі підстави стверджувати, що Конвенція, можливо, і не може бути вищою від Конституції України, але положення, які вона закріплює, складають найвищі цінності людства – фундаментальні права і основоположні свободи людини, переданні в інтерпретації Європейського Суду, та безсумнівно становлять ядро наднаціонального права, яке не може бути нижчим у ієрархії самої демократичної Конституції світу. Тому відстоюється позиція, що спільні цінності, про які йдеться, не є витво-

рами певної культури, що змінюються від епохи до епохи, чи суб'єктивними поглядами окремих індивідів. Вони складають загальноцивілізаційну, загальнокультурну цінність незалежно від націй, ідеологій, релігій. Саме ця обставина дає підстави для визнання пріоритетності норм Європейської конвенції та практики Європейського суду перед нормами національного законодавства. А імплементація Конвенції та практики Європейського суду безсумнівно є тим самим довгоочікуваним способом вирішення конфліктів в процесі розгляду спорів, що зачіпають права, гарантовані Конвенцією та послужить превенцією порушень Конвенцією нашою державою.

ПОСИЛАННЯ

(Endnotes)

- ¹ Див. Конвенцію про захист прав людини і основних свобод 1950 року; Convention Preamble said: common heritage of political traditions, ideals, freedoms and the rule of law.
- ² Див. Институции Юстиниана. – М.: «Зеркало», 1998. – С. 21 – В якій під свободою розуміється «природна можливість робити те, що до вподоби, якщо цьому не перешкоджає будь-яка сила або будь-яке право».
- ³ Див. Locke J. Two Treatises of Government (3rd ed. 1698). – 2nd edn. – Laslett, 1970. – p. 368.
- ⁴ Див. Rousseau J. J. The Social Contract. – Code ed. – 1950. – P. 3.
- ⁵ Див. Крашениниковой Н. А. и проф. Жидкова О. А. История государства и права зарубежных стран . Часть вторая. – М.:1998 р. – Ст. 9–125.
- ⁶ Див. Рішення «Sundy Times v The United Kingdom» від 26.04.1979.
- ⁷ Див. Денисов В. Н. Статус міжнародних договорів у Конституції України // Вісник АПРн України. – 1977.
- ⁸ Див. Евинтов В. И. Международный и внутренний правопорядок в структуре международного сообщества // Реализация международно-правовых норм во внутригосударственном праве. – К., 1992. – С. 26.
- ⁹ Див. Рабінович П. М., Раданович К. М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти). – Львів: «Астрон», 2002. – С. 57).
- ¹⁰ Див. Зайцев Ю. «Потреба використання практики Європейського суду з прав людини»//Практика Європейського суду з прав людини: Рішення. Коментарі. – К. – 2002, № 3(15); на думку нинішнього Урядового уповноваженого у справах Європейського Суду Юрія Євгеновича Зайцева, «арифметизований» шлях призвів би до порушення одного з визначальних принципів, що становлять основу верховенства права, а саме – принципу невичерпності прав людини та основних свобод, виведення за межі конвенційного правового захисту цілої низки прав, форма реалізації, а отже, і форма порушення яких прямо не передбачена у тексті Конвенції. В зв'язку з чим зміст норм Конвенції, а отже – розуміння закріплених нею прав людини та основних свобод з'ясовується лише через їх тлумачення.
- ¹¹ Див. Туманов В. А. Европейский Суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. – М., 2001. – С. 89.
- ¹² Див.: Скакун О. Ф. Теория государства и права: Учебник. – Харьков, «Консум»; Университет внутренних дел, 2000. – С. 257–259.
- ¹³ Див. Mc Milwain C. The High Court of Parliament and its Supremacy. – Yale Univ.Press. 1910 – P. 323.
- ¹⁴ Див. Mark Tushnet (professor of constitutional Law, Georgetown University Law center) Returning with interest: observations on some putative benefits of studying comparative constitutional law. p. 340–344.
- ¹⁵ Див. Гантингтон Самюэль. Столкновение цивилизаций. – Пер. с англ. Г. Велимеева, Ю. Новикова. – М.: ООО «Издательство АСТ», 2003.
- ¹⁶ Див. Зайцев Юрій «Європейська Конвенція з прав людини як дієвий інструмент утвердження Верховенства Права в Україні»//Перша сесія української школи політичних студій 17–19 лютого 2006 року.
- ¹⁷ Див. Денисов В. Н., Евинтов В. И., Азуд Я. И. и др. «Реализация международно-правовых норм во внутреннем праве». – К., 1992.
Иванов Г. Г. Проблемы имплементации международных норм и стандартов, принятых под эгидой ИМО / Международная морская организация. – Одесса, 1999. – С. 336–360.
- ¹⁸ Див. Норгаарда А. Імплементація Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, стор. 23.
- ¹⁹ Див. Рішення від 23 жовтня 1985 р. (№ 97) // 8 E.H.R.R. 1. Див. також: N. Verheij. Dutch Administrative Law after Benthem's Case. – 1990. – Public Law. – P. 23. Повний виклад див.: Churchill R. R., Young J. R. Compliance with Judgments of the European Court of Human Rights and Decisions of the Committee of Ministers: The Experience of the United Kingdom 1975–1987. – 1991. – V.I.L. – P. 283.

- ²⁰ Див. Рабінович П. М., Раданович Н. М. Європейська конвенція з прав людини: проблеми національної імплементації (загальнотеоретичні аспекти). – Львів: «Астрон», 2002. – 192 с.
- ²¹ Див. Рішення Конституційного суду України у справі конституційного подання 51 депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) 29 грудня 1999 року.
- ²² Див. Жуковська. О. Л. Європейська конвенція з прав людини : основні положення, практика застосування, український контекст – К.: 2004. – с. 960.
- ²³ Див.: Drzemczewski A. European Human Rights Convention in Domestic Law. – 1983.
Ress G., The Effects of Judgments and Decisions in Domestic Law // The European System for the Protection of Human Rights. – 1993. – P. 801–851.
- ²⁴ Див.: Jacobs F. G., Roberts S. (eds.) The Effect of Treaties in Domestic Law. – 1987. Тут розглядається становище (зокрема) в Бельгії, Німеччині, Данії, Італії, Нідерландах, Сполученому Королівстві і Франції. Джекобс наголошує (р. XXIV), що дійсність завжди складніша, ніж простий контраст між крайніми моделями монізму і дуалізму.
- ²⁵ Див. М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі «Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування». Пер. з англ. – К.: «АртЕк», 1997. – 624 с. This translation of European Human Rights Law originally published in English in 1995 is published by arrangement with Oxford University Press.
- ²⁶ Див. Лукашук И. И. Международное право в судах государств. – СПб: СКФ «Россия-Нева», 1993. – С. 131.
- ²⁷ Див. SA fromagerie franco-Suisse «Le Ski», Pas. Bel. (27 травня 1971 року) 1. 886; англійський переклад див.: у [1972] CMLR 330.
- ²⁸ Див., відповідно: «Адміністрація Дуанс проти Товариства Ж. Вабр» (24 травня 1975 р.). Див.: Administration des Douanes c. Societe J. Vabre, D. 1975 497, concl. Touffait; справа Школо (20 жовтня 1989 року). Див.: Nicolo, Rec. – P. 190. Про застосування Конвенції Державною радою див. справи, зазначені Р. Еррера (R. Errera) у «Public Law» [1991] 134 і 458, а також «Public Law» [1992] 343 і 653.
- ²⁹ Див. Лукашук И. И. Международное право в судах государств. – СПб: СКФ «Россия-Нева», 1993.
- ³⁰ У 1987 році Федеральний конституційний суд Німеччини постановив, що в принципі Конвенція переважає над законодавством, прийнятим після набуття нею чинності, якщо лише чітко не встановлено, що законодавчий орган виразив протилежну волю, а також що Основний Закон повинен тлумачитися у світлі Конвенції. Див.: Ress. Видання, зазначене у виносі 23. – P. 831–836.
- ³¹ Ress. Видання, зазначене вище 23. – P. 845–846.
- ³² Див., наприклад: у Сполученому Королівстві «Мелоун проти комісара Лондонської поліції». Див.: Malone v. Metropolitan Police Commissioner, [1979] Ch. 344 (нижче, на с. 501); і її продовження «Мелоун проти Сполученого Королівства». Рішення від 2 серпня 1984 р. (№ 82). Див.: Malone v. United Kingdom, 1 E.H.R.R. 14
- ³³ Див. Seth Kreimer, Professor of Law, University of Pennsylvania «Invidious Comparisons: Some Cautionary Remarks on the Process of Constitutional Borrowing» – p. 643.

Ilchenko I. M. The implementation of the 1950 European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights: international – legal analysis of Governments practice / National University «Kyiv-Mohyla Academy».

The article deals with the international issues of special signification for Ukraine - the implementation of the 1950 European Convention on Human Rights and the case-law of the European Court of Human Rights in national law with the aim to prevent further violations of it by Ukraine and its entry to the common law field of European Communities - ius commune. The implementation is proceeding under approximation of Common law and Civil law systems of Europeans countries. The author point out five steps to crystallize and resolve the problem.

Key words: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, implementation, approximation, ius commune.

Ильченко И. М. Имплементация Конвенции о защите основных прав и свобод человека и прецедентной практики Европейского суда по правам человека: международно-правовой анализ практики стран / Национальный университет «Киево-Могилянская академия».

Статья посвящена актуальной для Украины проблеме имплементации Европейской конвенции и прецедентного права Европейского суда по правам человека с целью превенции правонарушений последней со стороны Украины и ее вхождения в единое правовое поле Европейских содружеств – ius commune. Имплементация осуществляется в условиях конвергенции романо-германской и англо-саксонской правовых систем Европейских стран. Автор статьи выделяет пять этапов кристаллизации проблемы и путей ее решения.

Ключевые слова: Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека, имплементация, конвергенция правовых систем, ius commune.

Стаття надійшла до редколегії 08.09.2009
Прийнята до друку 07.10.2009