

e-ISSN 2310-323X

ПРАВО

ЮРИДИЧНИЙ
ЖУРНАЛ

України

Науково-практичне фахове видання

Засноване у 1922 році

Видається щомісячно

Свідоцтво про державну реєстрацію:
Серія КВ № 17414-6184ПР

Передплатний індекс: 74424

Адреса редакційної колегії:
04107, м. Київ
вул. Багговутівська, 17–21
Тел.: 0 (44) 537-51-00
E-mail: info@pravoua.com.ua

Головний редактор:
Святоцький О. Д.,
доктор юридичних наук,
професор,
академік НАПрН України

ЮРИДИЧНИЙ ЖУРНАЛ «ПРАВО УКРАЇНИ» внесено до:

- **Переліку фахових видань у галузі юридичних наук** (наказ Міністерства освіти і науки України від 15 квітня 2014 року № 455);
- **Міжнародної наукометричної бази даних «EBSCO Publishing, Inc.» (США)** (Ліцензійні угоди від 16 травня 2013 року та 1 травня 2015 року);
- **Міжнародної наукометричної бази даних «Index Copernicus International» (Польща)** (листопад 2014 року);
- **Міжнародної наукометричної бази даних «HeinOnline» (США)** (Ліцензійна угода від 11 січня 2016 року).

ЗАСНОВНИКИ ЖУРНАЛУ

Національна академія правових наук України
Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Конституційний Суд України
Верховний Суд України
Вищий господарський суд України
Генеральна прокуратура України
Міністерство юстиції України
Спілка адвокатів України

ВИДАВЕЦЬ

© Видавничий Дім «Ін Юре»



4/2017

НАУКОВА РАДА

Співголови Наукової ради: **Василь Тацій**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; **Юрій Шемшученко**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН України, акад. НАПрН України; **Олександр Петришин**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України.

Члени Наукової ради: **Богуслав Банашак**, проф. (Польща); **Вільям Батлер**, проф. (США); **Юрій Баулін**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Антоніна Бобкова**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Чаба Варга**, проф. (Угорщина); **Анатолій Гетьман**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Сергій Головатий**, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАПрН України; **Микола Козюбра**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Олександр Костенко**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Наталія Кузнєцова**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Олена Лукашева**, д-р юрид. наук, чл.-кор. РАН (Росія); **Жерар Марку**, проф. (Франція); **Михайло Марченко**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Василь Нор**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Микола Панов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Анатолій Селіванов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Василь Сіренко**, д-р юрид. наук, чл.-кор. НАН України, акад. НАПрН України; **Олександр Скрипнюк**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Майдан Сулейменов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАН Республіки Казахстан (Казахстан); **Андрес Оллеро Тассара**, проф., член Королівської академії моральних та політичних наук (Іспанія); **Михайло Теплюк**, д-р юрид. наук; **Володимир Тихий**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Спірідон Флогайтіс**, проф. (Греція); **Девід Харріс**, засл. проф. (Велика Британія); **Володимир Шаповал**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАН України; **Ячіко Ямада**, проф. (Японія)

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

Головний редактор: **Олександр Святоцький**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України.

Перші заступники головного редактора: **Петро Рабінович**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Руслан Стефанчук**, д-р юрид. наук, проф. чл.-кор. НАПрН України.

Заступники головного редактора: **Тетяна Коломоєць**, д-р юрид. наук, проф.; **Лариса Макаренко**, канд. юрид. наук, доц.

Члени редакційної колегії: **Віктор Базов**, канд. юрид. наук; **Юрій Барабаш**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Олександр Батанов**, д-р юрид. наук, проф.; **Джон Белл**, проф. (Велика Британія); **Юрій Битяк**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Андрій Бойко**, д-р юрид. наук, проф.; **В'ячеслав Борисов**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Григорій Василевич**, д-р юрид. наук, проф. (Білорусь); **Ірина Венедіктова**, д-р юрид. наук, проф.; **Олександр Голіченков**, д-р юрид. наук, проф. (Росія); **Борис Гулько**; **Василь Гуменюк**, канд. юрид. наук; **Володимир Денисов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Анатолій Довгеррт**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Олександр Дроздов**, канд. юрид. наук, доц.; **Володимир Журавель**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Дмитро Задахайло**, д-р юрид. наук, проф.; **Лідія Ізовітова**; **Тетяна Кагановська**, д-р юрид. наук, проф.; **Ніна Карпачова**, канд. юрид. наук, доц.; **В'ячеслав Комаров**, канд. юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Тетяна Корнякова**, д-р юрид. наук, проф.; **Олена Кохановська**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Володимир Кравчук**, д-р юрид. наук, проф.; **Олександр Крупчан**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ірина Куян**, д-р юрид. наук; **Богдан Львов**; **Роман Майданик**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Сергій Максимов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Андрій Мелешевич**, д-р філософії (Ph.D.), доц.; **Лідія Москвич**, д-р юрид. наук, проф.; **Віктор Муравйов**, д-р юрид. наук, проф.; **Юрій Оборотов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Ганна Онищенко**, канд. юрид. наук; **Наталія Оніщенко**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Олеся Отраднова**, д-р юрид. наук, доц.; **Віталій Опришко**, д-р юрид. наук, проф., член-кор. НАН України; **Петро Пацурківський**, д-р юрид. наук, проф.; **Пилип Пилипенко**, д-р юрид. наук, проф.; **Микола Погорєцький**, д-р юрид. наук, проф.; **Дмитро Притика**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Вікторія Резнікова**, д-р юрид. наук, доц.; **Ярослав Романюк**, канд. юрид. наук; **Микола Селівон**, акад. НАПрН України; **Світлана Серьогіна**, д-р юрид. наук, проф.; **Валентина Сімоненко**; **Ксенія Смирнова**, д-р юрид. наук, доц.; **Хірохіде Такікава**, проф. (Японія); **Іван Тимченко**, канд. юрид. наук, акад. НАПрН України; **Борис Тищик**, канд. юрид. наук, проф.; **Євген Харитонов**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Наталія Хуторян**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Олександр Чирич**, д-р юрид. наук, проф. (Сербія); **Станіслав Шевчук**, д-р юрид. наук, проф., чл.-кор. НАПрН України; **Валерій Шепітько**, д-р юрид. наук, проф., акад. НАПрН України; **Ольга Шило**, д-р юрид. наук, проф.; **Іван Шицький**, канд. юрид. наук; **Олексій Ющик**, д-р юрид. наук, проф.

ЗМІСТ

Актуальна тема номера:

**«КОНВЕНЦІЯ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ
І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД:
АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ТЛУМАЧЕННЯ ТА ЗАСТОСУВАННЯ»**

*I. Загальні питання міжнародного захисту прав людини
(історичні та теоретико-прикладні аспекти)*

ГОЛОВАТИЙ С. Рада Європи і людські права 9

РАБІНОВИЧ П. Професор Герш Лаутерпахт —
перший проєктант спеціального органу ООН з контролю
за дотриманням її Міжнародного білля прав людини.....26

КАРПАЧОВА Н. Європейська конвенція з прав людини —
фундамент формування захисту прав людини в Україні.....34

*II. Захист євроконвенційних прав людини Страсбурзьким судом:
сучасні тенденції*

ГУДИМА Д. Законність обмеження права на свободу
й особисту недоторканність у практиці Страсбурзького суду55

ПАНКЕВИЧ О. Захист права на приватність:
динаміка світоглядно-методологічних основ
(за матеріалами практики Європейського суду з прав людини).....66

ГОНЧАРОВ В. *Ex tunc v. ex nunc*: проблема дії
в часі судових рішень прецедентного характеру
у практиці Європейського суду з прав людини76

ДУДАШ Т. Особливості аргументування рішень
Європейського суду з прав людини
(до характеристики методологічних підходів)86

РАБІНОВИЧ С., ПАНКЕВИЧ О. Тест на недискримінацію
в практиці Європейського суду з прав людини:
оцінювальні аспекти97

*III. Рада Європи та Європейський Союз:
наміри та проблеми узгодження стандартів правозахисту*

ФАЛАЛЄЄВА Л. Особливості застосування
Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод
у правовому порядку Європейського Союзу 108

ДОБРЯНСЬКИЙ С. Приєднання Європейського Союзу
до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод:
доцільність, проблеми та перспективи 117

**На допомогу студентам, аспірантам, викладачам та науковцям
у царині права, а також суддям, адвокатам, прокурорам
та працівникам публічної служби**

Лекція доктора юридичних наук Сергія Головатого:
«Розуміти людські права за Західною правничою традицією» 126

Адміністративне право

ФЕДОТОВ О. Проблемні аспекти трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування 142

Кримінально-виконавче право

ЯГУНОВ Д. Пенітенціарна реформа як загроза правам людини 154

Слово молодим вченим

ЛАЗУКОВА О. Відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження: проблеми правозастосовної практики і перспективи нормативного регулювання 161

Ювіляри

Ювілей академіка НАПрН України
Олександра Марковича Бандурки (до 80-річчя від дня народження) 171

Ювілей члена-кореспондента НАПрН України
Валерія Володимировича Тіщенко (до 70-річчя від дня народження) 174

Ювілей академіка НАПрН України
Наталії Рафаелівни Малишевої 176

Ювілей члена-кореспондента НАПрН України
Михайла Всеволодовича Буроменського
(до 60-річчя від дня народження) 178

Ювілей професора
Ігоря Борисовича Усенка (до 60-річчя від дня народження
та 35-річчя науково-педагогічної діяльності) 181

Рецензії

РАБІНОВИЧ П., ДОБРЯНСЬКИЙ С. Захоплюючий твір про життя та діяльність Г. Лаутерпахта і Р. Лемкіна — фундаторів міжнародного права прав людини, випускників Львівського університету 183

САВІНОВА Н. Нові акценти кримінальної відповідальності у сфері національної безпеки: вимога сучасності 188

КОЗЬЯКОВ І. Актуальне дослідження реалізації прокуратурою України представницької функції 192

До уваги читачів журналу «Право України»!

Актуальною темою національної правничої дискусії у наступному номері видання буде:
**«Система права України:
сучасний стан і тенденції розвитку».**

СОДЕРЖАНИЕ

Актуальная тема номера:

**«КОНВЕНЦИЯ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД:
АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ТОЛКОВАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ»**

*I. Общие вопросы международной защиты прав человека
(исторические и теоретико-прикладные аспекты)*

ГОЛОВАТЫЙ С. Совет Европы и права человека..... 9

РАБИНОВИЧ П. Профессор Герш Лаутерпахт –
первый проектант специального органа ООН по контролю
за соблюдением ее Международного билля прав человека26

КАРПАЧЕВА Н. Европейская конвенция по правам человека –
фундамент формирования защиты прав человека в Украине.....34

*II. Защита евроконвенционных прав человека Страсбургским судом:
современные тенденции*

ГУДЫМА Д. Законность ограничения права на свободу
и личную неприкосновенность в практике Страсбургского суда55

ПАНКЕВИЧ О. Защита права на приватность:
динамика мировоззренчески-методологических оснований
(по материалам практики Европейского суда по правам человека).....66

ГОНЧАРОВ В. *Ex tunc v. ex nunc*: проблема действия
во времени судебных решений прецедентного характера в практике
Европейского суда по правам человека76

ДУДАША Т. Особенности аргументирования решений
Европейского суда по правам человека
(к характеристике методологических подходов)86

РАБИНОВИЧ С., ПАНКЕВИЧ А. Тест на недискриминацию
в практике Европейского суда по правам человека:
оценочные аспекты.....97

*III. Совет Европы и Европейский Союз:
намерения и проблемы согласования стандартов правозащиты*

ФАЛАЛЕЕВА Л. Особенности применения
Конвенции о защите прав человека и основных свобод
в правовом порядке Европейского Союза 108

ДОБРЯНСКИЙ С. Присоединение Европейского Союза
к Конвенции о защите прав человека и основных свобод:
целесообразность, проблемы и перспективы 117

**В помощь студентам, аспирантам, преподавателям и ученым
в области права, а также судьям, адвокатам, прокурорам
и работникам публичной службы**

Лекция доктора юридических наук Сергея Головатого:
«Понимать человеческие права по Западной правовой традиции» 126

Административное право

ФЕДОТОВ А. Проблемные аспекты трансформационных изменений сферы государственной таможенного дела на современном этапе реформирования..... 142

Уголовно-исполнительное право

ЯГУНОВ Д. Пенитенциарная реформа как угроза правам человека 154

Слово молодым ученым

ЛАЗУКОВА О. Восстановление утраченных материалов уголовного производства: проблемы правоприменительной практики и перспективы нормативного регулирования 161

Юбиляры

Юбилей академика НАПрН Украины Александра Марковича Бандурки (к 80-летию со дня рождения) 171

Юбилей члена-корреспондента НАПрН Украины Валерия Владимировича Тищенко (к 70-летию со дня рождения) 174

Юбилей академика НАПрН Украины Натальи Рафаэлевны Малышевой 176

Юбилей члена-корреспондента НАПрН Украины Михаила Всеволодовича Буроменского (к 60-летию со дня рождения) 178

Юбилей профессора Игоря Борисовича Усенко (к 60-летию со дня рождения и 35-летия научно-педагогической деятельности) 181

Рецензии

РАБИНОВИЧ П., ДОБРЯНСКИЙ С. Захватывающее произведение о жизни и деятельности Г. Лаутерпахта и Р. Лемкина – основателей международного права прав человека, выпускников Львовского университета 183

САВИНОВА Н. Новые акценты уголовной ответственности в сфере национальной безопасности: требование современности..... 188

КОЗЬЯКОВ И. Актуальное исследование реализации прокуратурой Украины представительской функции..... 192

К вниманию читателей журнала «Право Украины»!

Актуальной темой национальной юридической дискуссии в следующем номере издания будет:
«Система права Украины: современное состояние и тенденции развития».

CONTENTS

Actual Topic of Number:

«CONVENTION ON HUMAN RIGHTS PROTECTION AND FUNDAMENTAL FREEDOMS: TOPICAL ISSUES OF INTERPRETATION AND APPLICATION»

I. General Questions of International Human Rights Protections (Historical and Theoretical Applied Aspects)

HOLOVATYI S. Council of Europe and Human Rights..... 9

RABINOVYCH P. Professor Hersch Lauterpacht —
First Designer of a Special UN Body for Monitoring the Compliance
of an International Bill of the Human Rights26

KARPACHOVA N. The European Convention on Human Rights —
the Base of Formation of Human Rights Protection in Ukraine34

II. Protection of Euroconventional Human Rights by Strasbourg Court: Current Trends

HUDYMA D. Lawfulness of the Restrictions of the Right to Liberty
and Security in Practice of Strasbourg Court.....55

PANKEVYCH O. Protection of Right to Privacy:
Dynamics of Word Outlook-Methodological Based
(Based on Practice of European Court of Human Rights)66

HONCHAROV V. *Ex Tunc v. Ex Nunc*: Precedents' Effect in Time
(European Court of Human Rights Study).....76

DUDASH T. Peculiarities of Argumentation in Judgments
of the European Court of Human Rights
(the Overview of Methodological Approaches).....86

RABINOVYCH S., PANKEVYCH O. Nondiscrimination Testing
in the Case Law of the European Court of Human Rights:
Issue of Evaluation97

III. Council of Europe and European Union: Intentions and Problems of Coordination of Standards of Legal Assistance

FALALIEIEVA L. The Peculiarities of Application of the Convention
for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms
in the European Union Legal Order..... 108

DOBRIANSKYI S. Accession of the European Union
to the Convention on Protection of Human Rights and Basic Freedoms:
Expediency, Problems and Prospects 117

For the Assistance to the Students, Post Graduated, Teachers and Scientists as Well as to Judges, Lawyers, Prosecutors and Employees of Public Service

Lecture of the Doctor of Jurisprudence Sergiy Holovaty:
«Understanding of the Human Rights on Western Legal Tradition».....126

Administrative Law

FEDOTOV O. Problematic Aspects of Transformation Changes of the Sphere of the Public Customs Affairs at the Current Stage of Reformation 142

Criminal and Executive Law

YAGUNOV D. Penitentiary Reform as Threat to Human Rights 154

Young Lawyers Tribune

LAZUKOVA O. Restoration of Lost Materials of Criminal Proceedings: Problems of Law Enforcement Practice and Prospects for Standart Regulation 161

Jubilees

Jubilee of Academician of NALS of Ukraine
Oleksandr Bandurka (on his 80th Birthday) 171

Jubilee of Corresponding Member of NALS of Ukraine
Valeriy Tischenko (on his 70th Birthday) 174

Jubilee of Academician of NALS of Ukraine
Nataliya Malusheva 176

Jubilee of Corresponding Member of NALS of Ukraine
Myhailo Buromenskyi (on his 60th Birthday) 178

Jubilee of Professor
Igor Usenko (on his 60th Birthday and the 35 Anniversary of Scientific and Pedagogical Activity) 181

Reviews

RABINOVYCH P., DOBRIANSKYI S. The Fascinating Work about Life and activity of G. Lauterpakht and R. Lemkin — the Founders of International Law on Human Rights, Graduates of the Lviv University 183

SAVINOVA N. New Accents of a Criminal Responsibility in the Sphere of a Homeland Security: Requirement of the Present 188

KOZIAKOV I. Urgent Research of Realization by Prosecutor's Office of Ukraine on a Representational Function 192

For the attention of the readers!

The Actual Topic of a National Legal Discussion
in the Following Number of the Issue will be:
**«System of the Law of Ukraine:
Current Status and Tendencies of Development».**

*Національна правнича дискусія за темою:
«Конвенція про захист прав людини
і основоположних свобод:
актуальні питання тлумачення та застосування»*

*І. Загальні питання
міжнародного захисту прав людини
(історичні та теоретико-прикладні аспекти)*

РАДА ЄВРОПИ І ЛЮДСЬКІ ПРАВА*



С. ГОЛОВАТИЙ
*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
член Європейської Комісії
«За демократію — через право»
(Венеційська Комісія),
член Міжнародної асоціації
конституційного права (IACL-AIDC)*

Загальновизнано: концепція людських прав у своїй основі є універсальною — з-поміж усього ще й тому, що жоден континент світу не може виступати в ролі одноосібного власника культури, сприйнятливої до ідеї людських прав.

Утім, незаперечним є й інше: сприйняття людських прав не є одноманітним — воно обумовлене розмаїттям чинників історичного, політичного, соціального, культурного і релігійного характеру. Як наслідок — справжній зміст людських прав тлумачать по-різному. Так само по-різному бачаться і засоби їх захисту. Така багатоманітність обу-

мовлена власне природою людських суспільств. Із цього випливає і неоднаковість суто юридичного розуміння людських прав, що є результатом особливої історії.

Якщо мову вести про Європу, то тут юридичне розуміння людських прав сформувалось головним чином у рамках філософських, політичних та юридичних цінностей, виплеканих на ґрунті юдейсько-християнської спадщини [1, 3].

Ідея регіональної системи захисту людських прав, котра би функціонувала по всій Європі, передувала формуванню Ради Європи 1949 р.

* Уривки з Лекції 17 у кн.: Головатий Сергій. Про людські права. Лекції. — К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2016. — і-xxiv, 760 с.

* * *

Відразу ж по закінченні Другої Світової війни в різних країнах Західної Європи виникла низка неурядових груп (організацій), що розпочали обстоювати ідею європейської єдності, згуртувавшись у Міжнародному комітеті рухів за європейську єдність.

Цей Комітет організував у Гаазі величезне зібрання, відоме як «Конгрес Європи», що відбувався із 7 по 10 травня 1948 р. У зібранні взяли участь політики високого рівня, включаючи колишніх лідерів держав (Вінстон Черчилль), міністрів (Франсуа Міттеран) та майбутніх лідерів (Конрад Аденауер). Також досить широко було репрезентоване громадянське суспільство (науковці, релігійні лідери, представники бізнесових кіл, професійних спілок тощо). Загалом же Конгрес відвідали близько 1 000 осіб — переважно з Європи, але також із США та країн Бритійської Співдружності.

Наприкінці зібрання було ухвалено Декларацію, у якій, зокрема, були й такі слова:

«Людська гідність — це найкраще досягнення Європи, свобода — це її правдива міць. І те, й інше поставлено на карту в нашій боротьбі. Об'єднання нашого континенту нині потрібне не лише заради спасіння свобод, які ми щойно здобули, а й задля поширення на все людство тих вигод, що походять від них.

Від такого об'єднання залежить доля Європи та мир у всьому світі.

Тому занотуйте так: ми — європейці, що зібрались, аби виразити волю всіх народів Європи, урочисто проголошуємо наші спільні цілі в таких п'яти статтях, котрі підсумовують ухвалену на Конгресі резолюцію:

ОБІТНИЦЯ

1. Ми воліємо: Об'єднаної Європи на всьому просторі, де буде відновлено вільний рух людей, ідей та товарів.

2. Ми воліємо: Хартії людських прав, що гарантуватиме свободу думки, зібрання та вираження, а також право на створення політичної опозиції.

3. Ми воліємо: Суду Справедливості з достатнім санкціонуванням упровадження Хартії.

4. Ми воліємо: Європейської Асамблеї, у якій діяльні сили всіх наших націй буде представлено.

5. І урочисто обіцяємо самі — у рідному домі та перед людьми, у нашому політичному та релігійному житті, у наших фахових колах та професійних спілках — спричинитись до своєї щонайбільшої підтримки всіх людей і всіх урядів, котрі працюватимуть на цю величну справу, що надає останній шанс миру і таку ж, останню, надію на велике майбутнє для нинішнього та прийдешніх поколінь» [2, 1].

Як впливає з документа, передовсім із його першої статті, учасники Конгресу, палкі прихильники *європейської ідеї*, не виходили з відмінності між Європою, у якій мав бути «спільний ринок», та Європою, що мала стати континентом-опорою людських прав. Відповідно, можливість реалізувати Європейський проект із людських прав виникла завдяки ініціативі об'єднати Європу в таких рамках, які б зливали воедино політичний та економічний виміри.

Утім, мова решти статей документа свідчить про те, що ідея людських прав у ньому домінуюча і визначальна. Це впливає з відповідних приписів самої ухваленної на «Конгресі Європи» резолюції, де зазначено:

«Конгрес:

вважає, що об'єднання або федерація, що постане в майбутньому, має бути відкритою для всіх європейських народів, котрі мають демократичну владу та котрі зобов'язуються дотримуватись Хартії людських прав;

вирішив, що буде засновано комісію з подвійним для неї завданням — опрацювати проект такої Хартії та закласти стандарти, яким держави мають відповідати, аби заслуговувати на те, щоб називатись демократичними» [3, 1].

Потому Міжнародна рада європейського руху невдовзі дещо розвинула проголошені на «Конгресі Європи» цілі («обітницю»). У її ухваленій у лютому 1949 р. Декларації принципів Європейського Союзу, з-поміж іншого, було сказано й таке:

«Не може бути допущена до Європейського Союзу жодна держава, котра не визнає засадничих принципів Хартії людських прав і не виказує своєї волі та обов'язку гарантувати їх застосування <...>. [Б]ар'єр, що відокремлює вільні держави від інших європейських націй, не повинен визнаватись незмінним. Наша мета — об'єднання у свободі всіх народів Європи» [2, 1].

Такою була, так би мовити, прелюдія до народження Європейської Конвенції з людських прав.

1. Європейська Конвенція з людських прав 1950 р. (генеза)

Як засвідчує історія, наприкінці 40-х років ХХ ст. перед ООН постали надзвичайно великі труднощі в її зусиллях витворити Міжнародний білль прав. Тому центр уваги перемістився до Європи, де держави вдались до спроби запровадити власний зразок, практичний результат якого дав би на правду дієвий не глобальний, а вже регіональний варіант гарантування людських прав.

По заснуванні Ради Європи вже на першій сесії її Консультативної Асамблеї (нині — Парламентська Асамблея) було доручено її Комітетові з юридичних і адміністративних питань докладно розглянути питання колективної гарантії людських прав. Цей комітет підготував доповідь. Написав її пан П'єр-Анрі Тейтжен (*Pierre-Henri Teitgen*), колишній лідер Французького Руху Опору та міністр. У доповіді обстоювалась ідея підготовки проекту Конвенції, що забезпечила б десять засадничих прав. Асамблея рекомендувала Комітетові Міністрів розпочати цей процес.

Хоча за основу було взято текст *Усесвітньої Декларації ООН 1948 р.*, від самого початку було вирішено, що Конвенція — на відміну від Декларації — буде документом обов'язкової юридичної сили. Не передбачалось, що Конвенція буде документом, що створюватиме нові субстантивні (матеріальні) права. Натомість головне її призначення вбачалось у тім, щоб забезпечити захист мінімальної кількості прав, котрі на той час уже були визнані в національному праві держав — членів Ради Європи. Відтак усі зусилля було скеровано на пошук дієвого міжнародного контрольного механізму для імплементації прав.

Проект Конвенції було напрацьовано в дуже стислі строки.

Перші пропозиції стосовно документа перебували під тиском ідеї, що «в Європі утворилась загроза того, що в ній кишітимуть комуністи». І дійсно, тодішній президент Консультативної Асамблеї Ради Європи Пол-Генрі Спаак (*Paul-Henri Spaak*) навіть удався до жарту: «Тією особою, котра найбільше зробила для створення Ради Європи, був Йосип Сталін» [4, 18]. Таким чином, Конвенція задумувалась передовсім як проголошення цінностей, як різновид колективного пакту проти тоталітаризму, який Європа подолала, та інструмент проти загрози, перед

якою опинилась Європа через існування нового диктатора — Сталіна.

Дуже вдало вимальовує історичне тло, на якому відбувалося творення Конвенції, та уроки минулого, що формували загальний підхід до її сутності й призначення, перебіг дебатів у Консультативній Асамблеї. Погляньмо бодай на один промовистий витяг із стенограми:

«Демократії не за одну ніч перетворюються на нацистську країну. Зло поширюється підступно за існування меншості — тоді, коли усуваються можливості контролю. Свободи — одна за одною — зазнають утиску: спочатку в одній ділянці, а потім в іншій. Суспільна думка і вся національна свідомість — у задусі. І коли вже все в такий спосіб приведено до спокою, на арену виходить “фюрер”, і трансформації тривають, аж навіть допоки [не запрацюють] печі крематорію» [5, 1158].

У вересні 1949 р. Консультативна Асамблея Ради Європи схвалила доповідь Комітету, де йшлося про десять прав, що мали би стати предметом колективної гарантії в рамках запропонованих для заснування Європейської Комісії з людських прав та Європейського Суду Справедливості.

Представляючи свою доповідь на пленарному засіданні Консультативної Асамблеї (відбувалась вона у Страсбурзі від 10 серпня по 8 вересня 1949 р.), пан П'єр-Анрі Тейтжен, зокрема, сказав таке:

«...[якою] по суті має бути Європа? Щонайперше і найголовніше — то має бути царство свободи. Історія наших країн повідає нам на кожній своїй сторінці про ціну, яку Європа має сплатити за свободу в минулому: майже двадцять століть — страждання, боротьба, війни, революції, сльози та безкінечні кровопролиття <...>».

Урешті-решт, ми здобули свободу <...>».

<...> Щойно лихоліття сучасного світу — фашизм, гітлеризм, — минули, ми розслабились, стали скептичними та неозброєними. Нам не вистачало війни, а декому з нас — ворожій окупації, аби заново чітко зрозуміти всю цінність нашого гуманізму.

Чи означає це, що нині — після перемоги — і надалі всі загрози відсунуто? Дозвольте сказати мені, що ми не думаємо так. Три речі все ще становлять загрозу нашій свободі. Перша загроза — це вічний резон держави.

Позаду держави — байдуже, якої форми, нехай навіть демократичної — завжди криється постійна зваба, якою власне і є цей резон держави.

Монтеск'є сказав: “Хто б не був при владі — він має схильність до зловживання нею”. Навіть ті, хто належить до парламентарної більшості, по суті, часом спокушаються на зловживання своєю владою. Навіть у наших демократичних країнах ми повинні остерігатися цієї спокуси — піддаватись резонам держави...» [2, 1].

Коли в листопаді 1949 р. Комітет Міністрів Ради Європи утворив Комітет урядових експертів, якому було доручено підготувати проекти відповідних документів на підставі доповіді Консультативної Ради, то експерти використали доповідь пана Тейтжена і на її підставі погодили багато елементів проекту Конвенції.

Навесні 1950 р. цей Комітет завершив свою роботу. У червні 1950 р. текст було погоджено на високому рівні. 7 серпня 1950 р. Комітет Міністрів затвердив остаточний проект тексту Конвенції, але цей текст був слабшим від того, що раніше пропонувала Консультативна Асамблея. Комітет Міністрів не врахував зауваження і критику з боку Асамблеї.

4 листопада 1950 р. документ — як «Європейська Конвенція про захист

людських прав і засадничих свобод» — було підписано в Римі.

Як показали подальші події (особливо після 1970-х років), варіант Європейського білля прав став панівним у Страсбурзі.

Чинності Конвенція набрала 3 вересня 1953 р.

Отже, історичний контекст становлення Конвенції — це прагнення збудувати нову Європу на ідеях свободи і демократії, що, власне, й було засвідчено в преамбулі Статуту Ради Європи, де, зокрема, сказано, що «правдивим джерелом особистої свободи, політичної свободи та правовладдя є *принципи, що становлять основу всіх справжніх демократій*»¹. А демократичні цінності — це традиційні цінності *західних ліберальних суспільств*, протилежністю чого були тоталітарні суспільства, як-от нацистська Німеччина та комуністичний Радянський Союз.

Як свого часу висловився один із колишніх президентів Європейського Суду з людських прав Люціус Вільдгабер (*Luzius Wildhaber*)², Європейська Конвенція з людських прав, будучи продуктом «реалістичного ідеалізму» та безпосереднім відгуком на звірства 1930-х та 1940-х років, скріплена вірою в те, що демократичні режими — якщо вони дотримуються засадничих прав — уже надалі «не підуть війною одне на одного»³, і що вже надалі «рецидив перетворення демократій на диктатури не може лишатись питанням суто національної юрисдикції» [6, 204–205].

Відповідно до преамбули Європейська Конвенція з людських прав (ЄКЛП, або Конвенція) була витворена для того, щоби здійснити перші кроки з метою колективного забезпе-

чення прав, передбачених *Усесвітньою Декларацією ООН 1948 р.* Як зазначав один із колишніх Генеральних секретарів Ради Європи Марселіно Орейя (*Marcelino Oreja*)⁴, ЄКЛП увела в європейський контекст 18 принципів, проголошених *Усесвітньою Декларацією*, та перетворила їх на зобов'язання юридичного характеру. Тим самим Європа отримала таку міжнародну систему колективного захисту людських прав, що не мала прецедентів у історії міжнародних відносин [1, 1].

Нині вже ніхто не заперечує того, що ЄКЛП виявилась і дотепер залишається найуспішнішим продуктом тих прагнень, які було закладено у Всесвітній Декларації людських прав. Витворена на її основі міжнародна система захисту людських прав на регіональному рівні є найдієвішою з-поміж усіх, що існують у світі.

На сьогодні повоєнна європейська система, присвячена захисту людських прав (відома ще як Страсбурзька система), сприймається як одна з найдалекосіяжніших та найуспішніших спроб у сфері запровадження міжнародного режиму захисту людських прав. Страсбурзька система — це частина процесу єднання західних суспільств на основі Конвенції, що її можна сприймати як «кодіфікацію ідеології ліберальних суспільств» [7, 48].

Запропонована до підписання 4 листопада 1950 р. Конвенція *у своєму остаточному вигляді* мала характер амбівалентного інструмента: з одного боку, тоді більшість вважала її різновидом колективного пакту проти тоталітаризму; а з другого — вона мала достатній потенціал, щоб еволюціонувати в *Європейський білля прав*.

¹ Статут Ради Європи (курсив мій. — С. Г.).

² Люціус Вільдгабер — суддя зі Швейцарії, професор Базельського університету (Швейцарія), позаштатний професор Єльської школи права (США); президент ЄСЛП (1998–2007).

³ Імперська політика та поведінка Росії після розпаду СРСР, зокрема, застосування Росією своїх збройних сил та акти агресії, до яких вона систематично вдавалась наприкінці ХХ — на початку ХХІ ст. супроти Молдови, Грузії та України, є свідченням того, що такі сподівання виявилися невинуватими.

⁴ Генеральний секретар Ради Європи у 1984–1989 рр.

2. Європейська Конвенція з людських прав — це Європейський білль прав

За своєю структурою Конвенція поділена на три частини. Вступну частину становить лише одна стаття, що закладає *обов'язок першорядного значення*: держави-сторони взяли на себе обов'язок — дотримуватись Конвенції, тим самим гарантувати кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в розділі I Конвенції (ст. 1).

Друга частина — це, власне, перелік прав і свобод, що є предметом захисту в рамках Конвенції. Їх викладено у статтях 2–18 розділу II документа у вигляді матеріальних (субстантивних) прав та їх можливих обмежень. Ця частина Конвенції становить, так би мовити, *первинний Європейський білль прав* — із судовим забезпеченням прав на регіональному рівні. Первинний, тому що в подальшому перелік прав, що входять до нього, поступово розширювався шляхом укладання *додаткових протоколів* до Конвенції.

Тут на регіональному рівні було інкорпоровано головним чином *громадянські права (civil rights)*. Саме вони — так звані «традиційні» матеріальні права — становлять *Європейський білль прав*. Їх первісний перелік включає **дванадцять прав**:

- (1) право на життя (ст. 2);
- (2) заборона катування та нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження або покарання (ст. 3);
- (3) заборона рабства, підневільного стану і примусової праці (стаття 4);
- (4) право на свободу і безпеку особи (ст. 5);
- (5) право на справедливий суд (ст. 6);
- (6) *nullum poena sine lege* та заборона застосування суворішого покарання, ніж те, що мало застосову-

- ватись на час учинення кримінального правопорушення (ст. 7);
- (7) право на повагу до приватного і сімейного життя, недоторканність житла і кореспонденції (ст. 8);
- (8) свобода думки, совісті й релігії (ст. 9);
- (9) свобода вираження (ст. 10);
- (10) свобода зібрання і об'єднання (ст. 11);
- (11) право на шлюб і створення сім'ї (ст. 12);
- (12) право на дієвий засіб юридичного захисту (ст. 13).

Стаття 14 встановлює *заборону дискримінації* стосовно користування визначеними Конвенцією правами і свободами.

Статті 15–18 цього розділу стосуються таких питань, як: можливість відступу держави від узятих на себе зобов'язань в умовах надзвичайної ситуації — під час війни або іншої суспільної небезпеки, що становить загрозу життю нації (ст. 15); можливість для держави запроваджувати обмеження на політичну діяльність іноземців (ст. 16); заборона дій, спрямованих на знищення будь-яких прав і свобод, визначених Конвенцією, або на їх обмеження в більшому обсязі, ніж нею дозволено (ст. 17); встановлення межі для застосування дозволених Конвенцією обмежень прав (ст. 18).

Отже, визначений статтями 2–13 Конвенції перелік стосувався *громадянських прав (civil rights)* і поширювався на *кожного (себто на кожну особу)* безвідносно до належності особи до громадянства держави. Утім, як бачимо, був і виняток: ст. 16 передбачала можливість для держави запроваджувати обмеження на політичну діяльність іноземців. А це означало, що для передбачених статтями 10 і 11 прав можуть існувати різні режими: один — для громадян держави, а інший — для чужинців.

Уже дещо пізніше до переліку *громадянських прав* було додано і *політич-*

ні права (зокрема, йдеться лише про право на вільні вибори, передбачене ст. 3 Протоколу № 1).

Третя частина — статті 19–51, що стосуються структури, повноважень та процедури Європейського Суду з людських прав (ЄСЛП, або Суд) як контрольного механізму за дотриманням визнаних Конвенцією прав.

У подальшому первісно установленний перелік прав, а відтак і сама Конвенція постійно зазнавали змін у формі *додаткових* протоколів. Кожний із таких протоколів є окремим міжнародним договором, на який поширюється вимога окремої ратифікації його державою для набрання ним чинності стосовно держави.

3. **Додаткові протоколи до ЄКЛП**

На сьогодні укладено вже шістнадцять додаткових протоколів до Конвенції. Частина з них розширює перелік прав, що є предметом захисту в рамках Конвенції, інші — модифікують механізм контролю за дотриманням прав.

Протокол № 1 (від 20 березня 1952 р.) додав до переліку ще три такі права:

- (13) право фізичних і юридичних осіб на недоторканність своєї власності (ст. 1);
- (14) право на освіту і на вибір батьків у питанні освіти і навчання своїх дітей відповідно до власних релігійних або світоглядних переконань (ст. 2);
- (15) право на вільні вибори (ст. 3).

Протокол № 4 (від 16 вересня 1963 р.) додав ще чотири права:

- (16) свобода від тюремного ув'язнення за борги (ст. 1);
- (17) свобода пересування і вибору місця проживання (ст. 2);
- (18) свобода громадянина держави від вислання та право на в'їзд до

території держави свого громадянства (ст. 3);

- (19) заборона колективного вислання іноземців (ст. 4).

Протокол № 6 (від 28 квітня 1983 р.) додав ще одне право:

- (20) заборона смертної кари в мирний час (ст. 1), не виключаючи можливості її збереження під час війни або невідвротної загрози війни (ст. 2).

Протокол № 7 (від 22 листопада 1984 р.) додав ще п'ять таких прав:

- (21) право *іноземця* не бути висланим із держави без чіткої відповідної юридичної процедури (ст. 1);
- (22) право на оскарження в кримінальних справах (ст. 2);
- (23) право на відшкодування в разі судової помилки в кримінальних справах (ст. 3);
- (24) імунітет від повторного кримінального переслідування за одне й те саме кримінальне правопорушення (ст. 4);
- (25) рівні права та обов'язки приватного характеру для членів подружжя щодо їхніх стосунків поміж собою та в їхніх стосунках зі своїми дітьми (ст. 5).

Протокол № 12 (від 4 листопада 2000 р.) додав ще одне право:

- (26) загальна заборона дискримінації — за будь-якою ознакою (ст. 1).

Протокол № 13 (від 3 травня 2002 р.), модифікуючи режим заборони смертної кари (20), скасував будь-яке застосування смертної кари, надаючи цьому праву *абсолютний* характер.

Інші протоколи стосуються не матеріальних прав, а модифікації контрольного механізму та функціонування контрольних інститутів Ради Європи.

Протоколи № 2, 3, 5, 8, 14 модифікували первісно запроваджений Конвенцією механізм контролю за дотриманням її приписів з боку Європейського Суду з людських прав. **Протокол № 9** надав право приватним особам за певних обставин звертатись до Суду. **Протокол № 10** модифікував процедуру голосування в Кабінеті Міністрів Ради Європи. **Протокол № 11** запровадив радикальні зміни всієї системи судового контролю (скасувавши первісно встановлену систему судового контролю в особі двох органів — Європейської Комісії з людських прав та Європейського Суду з людських прав, запровадивши надалі діяльність лише одного органу — Суду).

Найновішими в усій конвенційній системі є два протоколи, ухвалені зовсім недавно, 2013 р. — Протокол № 15 та Протокол № 16.

Протокол № 15 (від 24 червня 2013 р.) доповнив преамбулу Конвенції. Це доповнення мало за мету підтвердити, що відповідно до *принципу субсидіарності* саме держава (як Сторона Конвенції) виступає тим суб'єктом, що несе *головну відповідальність* за забезпечення передбачених Конвенцією та протоколами до неї прав і свобод. На здійснення цього за державою передбачено *межі оцінювання*, що є предметом «наглядової функції» з боку Європейського Суду з людських прав (ст. 1 Протоколу)¹.

У цьому протоколі фактично було унормовано державами — членами Ради Європи ту доктрину, яку Суд почав формулювати ще в середині 70-х років минулого століття, починаючи від класичної (як натепер) справи *Handyside* (1976 р.). Саме в ній Суд указав на те, що *первинний характер* відповідальності національних органів влади держави (тобто те, що відповідальність

лежить передовсім на національній державі) стосовно забезпечення людських прав зовсім не означає, що держава в цьому питанні має необмежену свободу. ЄСЛП чітко визначив:

«...держава-учасниця Конвенції не володіє необмеженими повноваженнями в ділянці оцінювання. Суд <...> є тим, хто відповідає за забезпечення дотримання державою своїх зобов'язань, і Суд має повноваження виносити остаточне рішення в питанні: чи обмеження та покарання є сумісними зі свободою вираження в тому ж самому обсязі, що її гарантовано статтею 10. Таким чином, національний рівень меж оцінювання [що належить державі] перебуває впритул під контролем на європейському рівні»².

Протокол № 16 (від 2 жовтня 2013 р.) передбачає, що найвищі суди держави (Сторони Конвенції) можуть звернутись до Європейського Суду із *запитом*, аби той надав *консультативний висновок у питаннях принципового значення*, що стосуються тлумачення або застосування визначених Конвенцією та протоколами до неї прав і свобод (п. 1 ст. 1 Протоколу). Такий запит має надійти від судової установи держави лише *в контексті справи*, яку розглядає ця установа (п. 2 ст. 1), і повинен містити: обґрунтування підстав такого звернення та відповідні юридичні і фактичні обставини справи, що перебуває в неї на розгляді (п. 3 ст. 1). Консультативний висновок Європейського Суду не має зобов'язувальної сили (ст. 5). Держава — під час підписання цього протоколу або вручення своїх інструментів його ратифікації, ухвалення або затвердження — має вказати, які з її судових установ вона визначила як ті, що уповноважені звертатись до Європейського Суду з таким запитом (ст. 10)³.

¹ *Council of Europe Treaty Series: 213.*

² *Case of Handyside v. United Kingdom* (application no. 5493/72) [1976] ECHR 5 [7 December 1976] (para 49).

³ *Council of Europe Treaty Series: 214.*

4. Відмінність Європейського білля прав від Міжнародного білля прав

Як *Європейський білля прав* Європейська Конвенція про захист людських прав і засадничих свобод 1950 р. є відмінною від *Міжнародного білля прав*. І не тільки тому, що вона є регіональним міжнародним інструментом, а Декларація ООН 1948 р. разом із двома Пактами 1966 р. — це документи глобального рівня.

У цьому аспекті існує декілька розбіжностей між ними.

Передовсім варто наголосити, що Міжнародний білля прав не становить «єдиної моделі людських прав», бо Декларація стосується того, що означає *мати* людські права, тоді як два Пакти — це найважливіші практичні засоби *реалізації* прав.

Натомість *ЕКЛП* виступає як *єдина модель людських прав*: у ній ідеться одночасно і про те, що означає *мати* людські права (себто які саме права поширюються на кожну людину згідно з приписами Конвенції), і про те, якими є *практичні засоби реалізації* передбачених нею засадничих прав і свобод, установивши, що до таких засобів належать, зокрема, національні органи влади держав, а відтак уже встановлений Конвенцією Європейський Суд як субсидіарний орган.

Окрім цього, істотною є інша відмінність. Вона стосується поділу на два комплекти прав, що було здійснено в рамках Міжнародного білля прав.

Ніхто не заперечує, що на міжнародному рівні існує офіційна позиція, відображена в усіх головних інструментах міжнародного права сфери людських прав, відповідно до якої два комплекти прав (громадянські й політичні — з одного боку, та економічні, соціальні й культурні — з другого) є «неподільними, взаємозалежними та такими, що взаємообумовлюють одне одного». Проте цей теоретичний консенсус відразу ж зникає, коли

постає питання практичного переведення цих міжнародних стандартів у біллі прав іншого рівня.

Доброю ілюстрацією цього є практичний результат запровадження Європейського білля прав, що істотно відрізняється від Міжнародного білля прав. Відмінність полягає в тім, що укладення Європейської Конвенції з людських прав обмежилось інкорпорацією на регіональному рівні головним чином *громадянських прав (civil rights)*. Додані до неї дещо пізніше також і політичні права (зокрема право на вільні вибори) не змінили її характеру по суті як кодифікаційного акта *громадянських прав*. А ще дуже важливим є те, що тоді ж на європейському рівні було вирішено не йти далі цієї межі — не включати зовсім до переліку економічні, соціальні й культурні права.

Що ж до більшості економічних і соціальних прав, то вони містяться в Європейській соціальній хартії.

Таке відокремлення цих європейських міжнародних інструментів один від одного часто слугує доказом того, що все-таки існують природні відмінності між означеними двома категоріями прав. І як наслідок такого підходу — усталення поширеної філософської і легалістичної традиції установлювати ієрархію, в рамках якої *громадянські права* поставлено на *найвищий рівень*. Одним із найуживаніших аргументів, що його використовує легалістична традиція не на користь економічних і соціальних прав, є той, що такі права «не надаються до судового захисту» (*are not «justiciable»*). Себто йдеться про те, що «вони не підходять для того, аби з ними можна було мати справу в судах або подібних інституціях» [8, 112].

Водночас у рамках Страсбурзької системи захисту людських прав (про неї докладніше йтиметься далі) не заперечується вага економічних, соціальних і культурних прав. Не вважається, що всі питання стосовно економічних, соціаль-

них і культурних прав лежать поза площиною ЄКЛП. Дійсно, практика Суду свідчить про протилежне¹. Утім, у цьому разі не йдеться про те, що захист цих прав має здійснюватися через ЄКЛП, позаяк у Конвенції ж опору зроблено на захист саме громадянських (і політичних) прав. Можливості щодо захисту інших прав (тих, що не належать до категорії громадянських і політичних) є надто обмеженими.

Головний висновок щодо цього аспекту особливостей ЄКЛП та її відмінності від Міжнародного білля прав полягає в тім, що предметом захисту в рамках запровадженої нею Страсбурзької системи є виключно одна-єдина категорія *особистих, громадянських та політичних прав*. Це насправду *єдина категорія*, а не три окремих види прав, про які майже одноставно ведуть мову вітчизняні науковці, зберігаючи заведено ще в радянські часи методологію «класифікувати» права і свободи людини, наслідком чого стає втрата сутності власне поняття «людські права».

5. Європейський Суд із людських прав

5.1. Стадії розвитку Суду

Відтоді, як відповідно до Конвенції було засновано Європейський Суд із людських прав, він пройшов три стадії свого розвитку.

На початковій стадії Суд поступово здобував свою інституційну автономію (самостійність) та напрацьовував першу практику.

На другій стадії, що тривала від початку 70-х років ХХ ст., Суд вдався

до «прогресуючої практики», поступально висуваючи на сьогодні вже відомі й добре усталені нові поняття і доктрини. Тому період 1973–1974 рр. сприймається як *поворотний пункт* у житті Конвенції за всі 50 років її існування.

У період 1975–1979 рр. ситуація різко змінюється. Точкою нового відліку практики Суду виступає справа *Golder v. the United Kingdom* (1975 р.)², коли в центрі уваги постало питання про «право на доступ до суду». Саме довкола нього Суд розпочав формувати свою позицію стосовно ст. 6 (1). Але ця справа була лише вихідною щодо цього. Потому було ухвалено рішення в низці інших справ, у рамках чого дістали своє народження, розвиток та унормування нові поняття й доктрини.

Такими справами було закладено ключові принципи для тлумачення і застосування всієї Конвенції. У такий спосіб було зроблено величезний внесок у те, що страсбурзькі юристи на сьогодні знають як *acquis conventionnel*:

- справа *Golder v. the United Kingdom* є провідною для тлумачення Конвенції загалом;
- справа *Engel v. the Netherlands*³ розкриває поняття «*принцип автономного тлумачення*»;
- справи *Handyside v. United Kingdom* та *The Sunday Times v. United Kingdom*⁴ асоціюються із доктриною «межі власного оцінювання» (це доктрина судової дискреції, де Європейський Суд як наднаціональний орган висловився на користь того, що націо-

¹ Так, Суд зазначив: «...Сам факт того, що тлумачення Конвенції може зайти у сферу соціальних і економічних прав, не має бути вирішальним чинником проти такого тлумачення; не існує цілком обґрунтованого поділу, завдяки якому можна було б цю сферу відокремити від тієї площини, яку Конвенція покриває» (Див.: *Case of Airey v. Ireland (Article 50)*, application no. 6289/73, Series A no. 32, (179) 2 ECHR 305, [1979] ECHR 3, para 26; див. також тлумачення ст. 8 у справі: *Case of Guerra and Others v. Italy*, application no. 14967/89, [1998], ECHR 7, ECHR 1998-I, 19 February 1998).

² *Case of Golder v. the United Kingdom* (application no. 4451/70) [1975] 1 ECHR 524, [1975] ECHR 1, 21 February 1975, A18.

³ *Case of Engel v. the Netherlands* (application no. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72) [1976] ECHR 3, 5100/71, (1976) 1 ECHR 647. 8 June 1976, A 22.

⁴ *Case of Sunday Times v. the United Kingdom* (application no. 6538/74) [1979] 2 EHRR 245, [1979] ECHR 1, [1980] ECHR 6. 26 April 1979, A 30.

нальним судам має бути дозволено діяти в рамках певної дискреції), а друга справа — із «*принципом пропорційності*» та поняттям «*обмеження Конвенційних прав мають тлумачитись звужувально*»;

- справа *Tyrer v. United Kingdom*¹ відома тим, що Суд у ній витворив («викував», «викарбував») фразу про те, що Конвенція є «*живим інструментом*», який «має тлумачитись у світлі сучасних умов» (**Протокол № 14** свідчить на користь потреби осучаснювати європейський рівень людських прав), її постійно застосовує Суд, коли вважає за потрібне врахувати «потреби й очікування сучасного суспільства»;
- справа *Marckx v. Belgium*² — у ній Суд ще далі розвинув поняття Конвенції як «живого інструмента» та висунув ідею, що Конвенція може створювати «*позитивні обов'язки*», що лежать на державі;
- справа *Airey v. Ireland* — найвідоміша тому, що в ній Суд проголосив, що Конвенцію було «встановлено не для гарантування прав, які є *теоретичними або ілюзорними*, а прав, що є *практичними та дієвими*», та «не існує чіткого поділу» між громадянськими і політичними правами, що їх захищає Конвенція, та економічною і соціальною сферами.

Дуже показовим є те, що протягом 1970–1980 рр. державами-відповідачами безліч разів були саме ті країни, де людські права було добре захищено, де *правовладдя (the rule of law)* було встановлено та добре вкорінено в національні юридичні системи і культури. На цій стадії еволюції самої Конвенції істотно велика кількість справ стосува-

лась тих питань із площини громадянських свобод, які могли бути предметом розгляду конституційних (верховних) судів країн розвинутої та консолідованої політичної демократії. Тому висловлено думку, що в цих справах (а саме: *The Sunday Times v. United Kingdom*, *Klaas v. Germany*³ та *Marckx v. Belgium*) Суд насправді розглядав ті питання, що сприймаються як людські права «конституційної природи» — ті, що належали до «довготривалих і складних проблем балансу між загальним інтересом суспільства та захистом індивідуальних засадничих свобод особи» [9, 16].

Саме у 1970-ті роки стало очевидним, що Конвенція еволюціонувала в різновид *Європейського білля прав*. Вона забезпечила ще один — *європейський* — рівень захисту людських прав, що є додатковим до того, що існував на національному рівні. Це був той шлях, яким Конвенція запровадила унікальний механізм, за допомогою якого особа або група осіб мали можливість звернутись до Страсбурзької системи з тим, аби змінити національне право.

Упродовж третьої фази, що розпочалась уже по закінченні «холодної війни», Суд відійшов від ролі гаранта людських прав винятково для Західної Європи, долучаючись дедалі більше до процесів переходу країн Східної Європи до *демократії та правовладдя*.

5.2. Призначення і завдання Суду

Призначення Суду загалом полягає в одному — захистити *єдиний стандарт* людських прав.

Завданням Суду є шляхом розгляду конкретної справи встановити, чи той стандарт у ділянці людських прав, як його визначено в Конвенції та витлумачено Судом раніше, дотримано державою, чи навпаки — порушено. Якщо сталося порушення Конвенції, то

¹ Case of *Tyrer v. the United Kingdom* (application no. 5856/72) [1978] 2 EHRR 1, [1978] ECHR 2. 25 April 1978.

² Case of *Marckx v. Belgium* (application no. 6833/74) [1979] 2 EHRR 330, [1979] ECHR 9. 13 June 1979.

³ Case of *Klaas v. Germany* (application no. 5029/71) [1978-80] 2 EHRR 214, ECHR. 6 September 1978. A 28.

завдання Суду — зупинити таку практику відповідної держави.

Свої завдання Суд здійснює як наднаціональний орган. І під тиском його практики має змінюватись національне право відповідної держави. Виконуючи своє завдання саме в цій площині, Європейський Суд змушує державу змінити своє національне право.

У такий спосіб наднаціональний Суд, так би мовити, «з'їдає» державний суверенітет держави в усіх сферах права. Досить промовистим свідченням ефективності функціонування Суду та виконання ним завдання у цій площині є, приміром, докорінна зміна права у Сполученому Королівстві. Адже 1998 р. (тобто після понад 300 років від часу проголошення Білля прав 1689 р.) парламент Великої Британії ухвалив спеціальне рішення — *Акт про людські права*. Він був вимушений це зробити внаслідок того, що Суд упродовж тривалого часу встановлював неодноразові порушення Конвенції з боку Великої Британії.

5.3. Головні здобутки Суду

Аби побіжно ознайомитись із головними здобутками Суду за весь час його діяльності, досить корисним у цьому аспекті видається добре викладений аналіз, що його зробив один із найавторитетніших його колишніх очільників — професор Люціус Вільдгабер¹.

5.3.1. Зобов'язувальна сила рішень Суду

Найголовнішими досягненнями Суду Люціус Вільдгабер вважає зобов'язувальну силу його рішень.

Утім, він зазначає також, що, попри цей величний здобуток, усе ще існує ризик того, що деякі держави можуть

схилятися до визнання за всіма гарантованими Конвенцією правами характеру «м'якого права» (*«soft law»*). Але за такого підходу право втрачає свою міць, підпадаючи під «суверенне вето» влади окремої держави [6, 205]. Останній тому приклад — рішення Конституційного Суду Російської Федерації 14 липня 2015 р., за яким Росія може не виконувати рішення Європейського Суду з людських прав, якщо вони суперечать Конституції РФ [10].

5.3.2. Поширення Конвенції на весь простір Європи

Іншим досягненням, на думку Л. Вільдгабера, є те, що, будучи замисленою у 1949–1950 рр. як інструмент запобігання рецидиву перетворення демократії на диктатуру, Конвенція надалі була поширена на весь континент Європи. Спочатку її поступово сприйняла Західна Європа. А згодом до неї приєдналися усі країни Центральної і Східної Європи — «демократичні або не дуже, бажаючи або не дуже, але з явною ознакою того, що їхні системи влади зазнали глибинних змін» [6, 206].

Утім, факт залишається фактом: *ЄКЛП* є єдиним регіональним каталогом людських прав, що зобов'язує майже весь континент.

5.3.3. Конвенція як інструмент європейського публічного порядку

На думку Л. Вільдгабера, ще одним досягненням Конвенції, про яке вказав сам Суд у своїх рішеннях, є її «особливий характер як договору з прав людини»². Завдяки цьому Конвенція виступає «інструментом європейського публічного порядку (*ordre public*) у захисті окремої людини»³, підвалиною якого є стрижневий зміст тріади:

¹ Люціус Вільдгабер був очільником Європейського Суду з людських прав із 1 листопада 1998 р. до 18 січня 2007 р.; став першим президентом ЄСЛП, коли Суд було реформовано відповідно до Протоколу № 11, що відкрило прямий доступ до Суду для громадян 47 держав — членів Ради Європи. Посилання на його аналіз головних здобутків Суду здійснюватимуться за виданням: *Wildhaber L. «Rethinking the European Court of Human Rights»* [6].

² Case of *Al-Adsani v. United Kingdom* (application no. 35763/97) [2001], ECHR 2001-XI, [2001] ECHR 761, 21 November 2001, A 310 (para 55).

³ Case of *Loizidou v. Turkey* (application no. 15318/89; case no. 40/1993/4354/540) [1995] ECHR 10, (1995) 20 EHRR 99, 23 March 1995 (preliminary Objections) A 310 (1995) (paras 75 and 93).

демократія — людські права — правовладдя. Конвенція як «інструмент європейського публічного порядку» обумовлює «колективні обов'язки» та «колективне забезпечення» встановлених нею гарантій¹.

З огляду на означене вище можна вести мову:

- 1) про особливий, *конституційний*, характер *самої Конвенції*, якій має бути надане верховенство над національним правом — при тому, що вона є інструментом як міжнародного права, так і національних юридичних систем держав-членів;
- 2) про особливий, *конституційний*, характер *кожного конкретного рішення Суду*, бо за ст. 46 (1) Конвенції держави зобов'язались виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами.

Стрижневий зміст тріади (*демократія — людські права — правовладдя*) став обов'язковим для сучасного, орієнтованого на цінності, розуміння «Європейської Конституції» як поняття, що є ширшим від поняття «конституція Європейського Союзу» [6, 207].

5.3.4. Утвердження права на особисте звернення до Суду

Четвертим у переліку досягнень, здобутих завдяки функціонуванню Конвенції, постає формування та утвердження права на індивідуальну заяву. Від утворення Конвенції 1950 р. до ухвалення Протоколу № 9 1994 р. особа не мала безпосереднього доступу до Суду. Повна інституціоналізація права на індивідуальну заяву сталася тоді, коли внаслідок Додаткового Протоколу № 11 (1998 р.) відбулося злиття Комісії і Суду в одну установу [6, 208].

Аби процедура захисту людських прав була дієвою (ефективною), система індивідуальної заяви, наслідком якої можуть бути зобов'язувальні рішення незалежного міжнародного суду, оцінюється як дуже добра справа.

5.4. Особа і конституційна та адміністративна юстиції

Великою мірою Європейський Суд у Страсбурзі (як міжнародний) вирішує ті самі питання, що й національний суд — найвищий у системі загальної юрисдикції чи конституційний суд держави. Власне, завдяки такій схожості ЄСЛП було кваліфіковано як «*quasi-конституційний суд sui generis*». Але зрозуміло, що, навіть попри таку подібність, Європейський Суд із людських прав усе ж таки залишається міжнародним трибуналом. Із огляду на те, що *демократія та людські права* належать до *твірних принципів* сучасного міжнародного права, є підстави класифікувати Суд у Страсбурзі як «*quasi-конституційний суд*», а саму Конвенцію як «ваговиту частину конституції Європи» [6, 227].

Після того, як низка країн Східної і Центральної Європи набули членства в Раді Європи, майже в усіх них було сформовано національні системи адміністративної юстиції (в Україні — так само). Адміністративна юрисдикція покликана вирішувати справи стосовно упередженості або свавільності дій із боку адміністративних і владних органів. Заяви, що надходять до Суду останнім часом, свідчать про стале зростання таких справ у ЄСЛП. А особливо збільшилась кількість таких справ у питанні права власності. Станом на кінець першого десятиріччя в цьому столітті 17 % від усіх заяв стосувались права власності. Їх надходить понад 50 000 щорічно. Упоравшись із таким надмірним навантаженням, Суд

¹ Case of *Ireland v. United Kingdom* Series (application no. 5310/71) [1978] 2 EHRR 25, [1978] ECHR 1. 18 January 1978. A 25 (para 239); *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* (application no. 46827/99, 46951/99) [2005] ECHR 64, (2005) 41 EHRR 25, ECHR 2005-1, 4 February 2005 (para 100).

посприяв би не лише захисту права власності, а й скороченню числа свавільних дій із боку влади. Така кількість скарг останнього часу щодо невідповідної компенсації за відчуження (конфіскацію, експропріацію) майна або стосовно прихованої (або де-факто) експропріації, або непомірно високих штрафів або зборів поставила на порядок денний таке питання: а чи не стає Суд у такий спосіб не лише «*quasi*-конституційним судом Європи», а й навіть «*quasi*-вищим адміністративним судом Європи»? Адже це саме йому доводиться на європейському рівні бути відповідальним за протидію сваволі і зловживанням з боку владних органів держав-членів. По суті, як зазначає Л. Вільдгабер, спостерігається тенденція розглядати явище свавільності як тотожне порушенню гарантій щодо людських прав у рамках Конвенції [6, 229].

Але тоді постає інше питання: а чи не є ухвалення судом свавільного рішення рівнозначним структурній проблемі?

На моє переконання, судова практика в Україні — це саме той випадок. Українські суди породжують силу-силенну таких рішень, що є прямим доказом наявності в Україні цієї проблеми як структурної.

5.5. Суд і розмаїття правничої думки

На час заснування Суд розпочав свою роботу в умовах панування Західної традиції права. Але згодом — особливо після входження до Ради Європи держав із колишнього комуністичного простору — ситуація докорінно змінилась. Нині Суд працює в умовах розмаїття правничих культур.

Що стосується юридичної думки, то сучасна Європа бачиться як «картинка-загадка-яку-з-багатьох-маленьких-шматочків-слід-скласти-докупи» (англ. — «*jigsaw puzzle*»). Тобто вона має вигляд розмаїття — «досі не складених докупи окремих шматочків у формі

юридичних систем, систем юридичної освіти та юридичних традицій» [11, 7].

Попри це, суддям Європейського Суду все-таки таланить творити спільний стандарт у ділянці людських прав.

5.6. Суд і правнича культура

Поняття «*правнича культура*» має розмаїття визначень і тлумачень. Іноді в нього вкладають поняття «менталітет» (від фр. — «*mentalité*»). Правнича культура постає у зв'язці з правничою традицією, бо історичні корені допомагають формувати ставлення до права.

Одне з найвідоміших і найпопулярніших пояснень цього поняття в зарубіжному світі таке:

«...*Правнича культура* — це ідеї, цінності, очікування і ставлення до права і юридичних інститутів, яких дотримується певне суспільство або певна частина суспільства» [12, 34].

Упродовж тривалого часу саме таке розуміння цього поняття підтверджувало свою корисність. І саме через це «правнича культура» сприймається як ключ до усвідомлення судових рішень узагалі, бо саме вона становить дух того, що потім іменується як «право», де відсутня ідеологія.

На цьому підґрунті якраз і твориться своєрідна правнича культура Європейського Суду з людських прав — *загальноєвропейська*. Позаяк Суд за своїм складом включає представників різноманітних юридичних систем, процес історичного формування яких відбувався в рамках різноманітних правничих культур і традицій, то сам Суд і його правнича культура як вислід — це приклад конвергенції такого розмаїття. Правничу культуру Суду слід сприймати як своєрідний *гібрид* різноманітних правничих систем. Але цей гібрид за своєю загальною структурою є спорідненим радше із загальним правом (*common law*), аніж із континентальним (*civil law*).

Власне, як результат визнання Судом розмаїття національних правничих культур і традицій, у рамках його довготривалої практики народилась особлива доктрина — «*межі оцінювання*». Сам Суд визнав, що йому не годилося б установлювати абсолютні стандарти в кожній ділянці для кожної держави — члена Ради Європи. Тому Суд і виробив свою позицію в цьому питанні, відповідно до якої він забезпечує лише *мінімальний* рівень захисту, залишаючи при цьому судам національного рівня *широкі межі* діяльності, аби вони, беручи до уваги якнайширше цілі ЄКЛП, сприймаючи її як «живий інструмент», що надається до тлумачення в різний спосіб у різні часи та в різних контекстах, забезпечували в рамках уже своєї національної системи кістяк усього того, чим наповнена сама Конвенція.

<...>

7. Унікальність європейської системи людських прав

Загальновизнано, що європейська регіональна система захисту людських прав, представлена в поєднанні Європейською Конвенцією та Європейським Судом, є унікальною: вона є найдієвішою з-поміж усіх відомих людській практиці систем, що існують на міжнародному рівні — глобальному або регіональному.

Чим можна пояснити такий великий успіх європейців?

Відповідь на це питання лежить у площині іншого запитання, що не зникало з порядку денного відтоді, коли проголошеній 1948 р. *Всесвітній Декларації людських прав* не випало бути документом, наділеним зобов'язувальною силою. Усвідомлюючи такий недовершений результат, держави Заходу не відмовились від пошуку відповіді на принципове запитання: як зробити так, аби людські права все-

таки мали зобов'язувальний характер — у суто юридичному розумінні?

На глобальному рівні певним варіантом відповіді на це запитання та інструментальним його вирішенням стало ухвалення 1966 р. двох пактів, котрі разом із Декларацією 1948 р. становлять *Міжнародний білль прав*. З урахуванням того, що ці два пакти (як міжнародні договори) вже давно здобули широке визнання, вони становлять, так би мовити, «кістяк» того, що вже стало зобов'язувальним навіть для тих держав, що їх не підписали.

Безумовно, виведення людських прав на рівень зобов'язувального характеру в рамках міжнародного договору — це був значний крок уперед і великий успіх. Проте цього було ще недостатньо для того, аби досягти повноцінного результату. Адже сам зобов'язувальний характер людських прав у матеріальному значенні (тобто як зобов'язання, що міжнародним договором покладаються на державу) — це лише один бік справи. Без позитивної відповіді залишалось запитання: а чи є механізм, за допомогою якого можна було б на практиці забезпечити виконання прав? Інакше кажучи, чи можна досягти дієвості людських прав, коли юридично зобов'язувальну їх силу державою визнано (в рамках міжнародного договору), а механізм практичного забезпечення їх застосування відсутній?

Тож, за тих умов, що згоди між державами стосовно переліку людських прав із визнанням за ними юридично зобов'язувального характеру все-таки було досягнуто, на порядку денному все ще залишалось питання забезпечення дієвості прав. Наслідком цього мало бути вирішення питання про введення людських прав до такої системи, котра забезпечувала б їх дієвість (ефективність) за допомогою відповідних механізмів та процедур.

Найпридатнішою для такого завдання могла би бути модель національної

системи. Адже досвід довів, що в її рамках взаємозв'язок між матеріальними (субстантивними) правами та такою їхньою якістю, як спроможність бути забезпеченими на практиці (*enforceability*), — це справа можлива.

Ще Алберт Дайсі свого часу (розкриваючи сутність *правовладдя / the rule of law* як одного із засадничих принципів англійського конституційного права через сутність особистих прав) наголошував на тому, що «через англійську конституцію пролягає <...> *нерозривний зв'язок між засобами реалізації права і самим правом*, що має бути реалізоване»; такий зв'язок закладено в юридичній максимі — *ubi ius ibi remedium* [«де право — там і засіб його захисту»] [13, 199]¹. Відтоді для англійських правників, які завжди були зорієнтовані на практику, вести мову про право особи (*a right*), не маючи можливості вказати на засіб практичного забезпечення такого права, — було майже позбавлено сенсу справою.

У міжнародному ж праві тривалий час не існувало такого нерозривного зв'язку. Держави, самі тримаючи у своїх руках міжнародне право, схильні були уникати запровадження формалізованих процедур, що дозволяли б захищати права особи через міжнародні судові установи. Тому, коли держави вирішили перейти до практики поширення відомих національним системам процедур, створивши можливості для особи ініціювати свій захист від своєї ж держави у відповідній судовій установі міжнародного рівня, — то це був ще один величезний крок уперед і небачений успіх.

У цьому полягає унікальний досвід європейських країн, що заснували один із найуспішніших інститутів у цьому аспекті — інститут особистого звернення особи, котра перебуває під юрисдик-

цією будь-якої з держав — Сторін ЄКЛП, до Європейського Суду з людських прав.

Американський двійник такого інституту істотно відстає від нього, бо в Західній півкулі особа не має права на прямий доступ до Міжамериканського Суду з людських прав, будучи приреченою на подання своєї скарги лише до Міжамериканської Комісії з людських прав.

До 1988 р. європейська система захисту людських прав мала подібну до міжамериканської дворівневу структуру. Спочатку Європейська Комісія з людських прав вивчала звернення, котрі надходили до Суду, та ухвалювала рішення щодо допуску їх. Потому, як Протокол № 11 до ЄКЛП набрав чинності 1 листопада 1998 р., будь-яка людина може звернутися безпосередньо до Страсбурзького Суду.

У такий спосіб на європейському рівні людським правам було надано характер юридичних інструментів — рівнозначно тим, що містить арсенал національного конституційного порядку будь-якої держави. Метою надання людським правам характеру юридичних інструментів було те саме, що стоїть і перед національними конституційними нормами — обмежити силу держави, забезпечуючи особі особистий простір свободи, де людина може діяти самостійно (автономно), будучи вільною від деспотичних за своїм характером наказів та заборон самої держави.

Натепер європейська модель захисту людських прав, регламентована Європейською Конвенцією з людських прав, становить не лише найуспішнішу у світі систему міжнародного права для захисту людських прав, а й одну з найпередовіших форм міжнародного юридичного процесу за всі роки його розвитку.

¹ Курсив мій. — С. Г.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Universality of Human Rights in a Pluralistic World: Proceedings of the Colloquy organized by the Council of Europe in co-operation with the International Institute of Human Rights, Strasbourg, 17–19 April 1989.* — Strasbourg, 1990.
2. *Mowbray A. Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights.* — 3^{ed.} — Oxford, 2012. — (Collected Edition of the «Travaux Préparatoires», vol. 1. — The Hague, 1975).
3. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights / ed. by P. van Dijk, G. J. H. van Hoof.* — 3^{ed.} — The Hague, 1998.
4. *Bates E. The Birth of the European Convention on Human Rights — and the European Court of Human Rights // The European Court of Human Rights between Law and Politics / ed. by J. C. Hersen and M. R. Madsen.* — Oxford, 2013.
5. *Consultative Assembly, Official Reports, August 1949.*
6. *Wildhaber L. Rethinking the European Court of Human Rights // The European Court of Human Rights between Law and Politics / ed. by J. C. Hersen and M. R. Madsen.* — Oxford, 2013.
7. *Merrills J. G. Human Rights and Democratic Values in Strasbourg System // Human Rights and Democracy for the 21st Century: 1988 International Law Session / ed. by Kalliopi Koufa.* — Athens-Thessaloniki, 2000.
8. *Buergenthal T. International Human Rights Perspective // Human Rights: Concepts and Standards / ed. by J. Symonides.* — Dartmouth, 2000.
9. *Bates E. The Evolution of the European Convention of Human Rights: From its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights.* — Oxford, 2010.
10. Конституційний Суд постановив, що рішення ЕСПЧ повинні виконуватися з урахуванням верховенства Конституції РФ [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.ksrf.ru/News/Pages/ViewItem.aspx?ParamId=3244>.
11. *Arold N.-L. The Legal Culture of the European Court of Human Rights.* — Leiden, 2012.
12. *Friedman L. The Concept of Legal Culture: A Reply // David Nelken (ed.). Comparing Legal Cultures.* — Aldershot, 1997.
13. *Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution.* 10th ed., 1959 / with introd. by E. C. S. Wade. — London ; New York, 1961 (Reprinted).

Головатий С. П. Рада Європи і людські права

Анотація. У рамках теми «Людські права в повоєнній Європі» висвітлено генезу Європейської Конвенції з людських прав 1950 р., її структуру як Європейського билля прав, її відмінність від Міжнародного билля прав, стадії розвитку Європейського Суду з людських прав, його призначення і завдання, головні здобутки в умовах розмаїття правничої думки та правничих культур на континенті, а також, у чому полягає унікальність європейської системи захисту людських прав.

Ключові слова: людські права, Європейська Конвенція з людських прав, Європейський Суд із людських прав, Європейський билль прав, Міжнародний билль прав.

Головатий С. П. Совет Европы и права человека

Аннотация. В рамках темы «Права человека в послевоенной Европе» освещены вопросы генезиса Европейской Конвенции о правах человека, ее структуры как Европейского билля прав, ее отличия от Международного билля прав, стадий развития Европейского Суда по правам человека, его предназначения и задач, главные достижения в условиях разнообразия юридической мысли и юридических культур на континенте, а также, в чем состоит уникальность европейской системы защиты прав человека.

Ключевые слова: права человека, Европейская Конвенция по правам человека, Европейский Суд по правам человека, Европейский билль прав, Международный билль прав.

Holovaty S. Council of Europe and Human Rights

Annotation. With the framework of the theme «Human rights in a post-war Europe» the article deals with such issues as the following: the genesis of the European Convention on Human Rights, its structure as of the European Bill of Rights, its difference with the International Bill of Rights, as well as stages of development of the European Court of Human Rights, its main achievements in the conditions of diversity of legal thought and legal cultures on the continent. The substance of uniqueness of the European system of protection of human rights is highlighted.

Key words: human rights, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, European Bill of Human Rights, International Bill of Human Rights.

**ПРОФЕСОР ГЕРШ ЛАУТЕРПАХТ —
ПЕРШИЙ ПРОЕКТАНТ
СПЕЦІАЛЬНОГО ОРГАНУ ООН
З КОНТРОЛЮ ЗА ДОТРИМАННЯМ ЇЇ
МІЖНАРОДНОГО БІЛЛЯ ПРАВ ЛЮДИНИ***



П. РАБІНОВИЧ

*доктор юридичних наук,
академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка),
заслужений діяч науки і техніки України*

У наступному році весь цивілізований світ відзначатиме унікальний ювілей — 70-річчя Загальної декларації прав людини (далі — Декларація). І одним із аспектів цього відзначення, мабуть, буде висвітлення питання про те, хто ж не тільки вперше сформулював чимало положень цього епохального міжнародного акта (причому ще за декілька років до ухвалення його Організацією Об'єднаних Націй (далі — ООН) у 1948 р.), а й водночас детально запроектував міжнародний механізм забезпечення його виконання.

Пропозиції надати основоположним (невід'ємним, «природним») правам людини міжнародний статус і закріпити його у міжнародному документі неодноразово висловлювались (як констатовано у науковій літературі з цього питання [1]) декількома європейськими авторами та неурядовими організаціями ще з 20-х років минулого століття. Так, восени 1928 р. у розташованому

в Парижі Інституті міжнародного права було підготовлено проект під назвою «Декларація міжнародних прав людини», який складався із преамбули та шести статей. У квітні 1929 р. його було схвалено на пленарній сесії цього Інституту, що відбувалася у Нью-Йорку (США), та опубліковано у пресі. Основним проектантом цього акта був громадянин Росії — юрист-дипломат А. Мандельштам. (Він у 1917 р. емігрував до Франції і, працюючи у згаданій установі, ініціював та за участю деяких колег створив там цей документ). Пізніше Декларація міжнародних прав людини публікувалася, зокрема, у декількох журнальних статтях та у збірці праць цього фахівця (1930–1934 рр.), а іноді й в інших виданнях. Її автор стверджував, що вона долає положення про абсолютний характер суверенітету держави та «відкриває нову еру у міжнародному праві». Виступаючи у 1933 р. на асамблеї Міжнародного союзу асоціацій Ліги

* Автор висловлює подяку кандидату юридичних наук О. Кресіну та магістру права В. Особі за сприяння у підготовці цієї статті.

Націй, А. Манделштам пропонував, аби ця організація ініціювала конференцію усіх держав задля випрацювання універсальної конвенції щодо міжнародного захисту прав людини [1, 452–454].

Другим епізодом такого гатунку стало схвалення Французькою лігою людських прав (у липні 1936 р.) на конгресі у Діжоні Додатку до Декларації прав людини і громадянина, який складався із преамбули і 14 статей. У першій із них проголошувалося, що «міжнародний захист людських прав має бути універсально організованим та гарантованим у такий спосіб, аби жодна держава не могла скасувати існування таких прав у будь-якої людини, котра перебуває на її території» [1, 454].

І, нарешті, третьою помітною спробою в означеному напрямі був підготовлений у жовтні 1939 р. англійським автором Г. Веллсом документ під назвою «Декларація прав людини», який складався із великої преамбули та 10 статей. Автору вдалося, разом із однокумцями, організувати досить широке її обговорення у пресі, представлення лідерам великих держав і публікацію на 10 мовах майже у 30 країнах [1, 464–468].

Хоча поодинокі зарубіжні фахівці й пропонували у 20–30-х роках не лише ухвалити міжнародний акт з прав людини, а й створити «механізм» його забезпечення, однак — наскільки мені нині відомо — тільки професор Кембриджського університету Г. Лаутерпахт вперше у міжнародно-правовій літературі розпрацював досить детальний проект такого механізму й описав його у заключних розділах своєї книги «Міжнародний білль прав людини», опублікованої у червні 1945 р. у США [2].

Деякі роки тому — після вивчення означеної праці Г. Лаутерпахта і прискіпливого порівняння тексту її VI розділу — «Текст Білля» частини III, названого «Міжнародний білль прав людини» із англомовним текстом Декларації — мені вже довелося оприлюднити своє припущення про те, що саме цей учений був першим доктринальним проектантом і самої Декларації. (До речі, як відомо, означений документ ООН почав офіційно розроблятися її Комісією з прав людини у 1947 р. першопочатково саме під назвою «Міжнародний білль прав людини»; причому наведені сучасним лідером вітчизняного міжнародного права, доктором юридичних наук, професором, суддею Європейського суду з прав людини у відставці В. Буткевичем архівні матеріали ООН [3, 252] свідчать про те, що згадану книгу Г. Лаутерпахта отримав кожен член відповідної робочої групи, створеної цією Комісією.) Мої подальші пошуки (зокрема, консультації з провідним на сьогодні знавцем життя і творчості Г. Лаутерпахта — професором Лондонського університетського коледжу Ф. Сендсом¹) не дали підстав спростувати таке припущення.

Отож спочатку дозволю собі стисло нагадати основні результати мого попереднього дослідження, котрі вперше були опубліковані в Україні декілька років тому [6]. Після порівняння названих текстів виявилось, що досить значна частина праволюдських положень Декларації (понад 40 %) збігається — чи то змістовно, чи то й навіть текстуально — із авторським проектом професора Г. Лаутерпахта. Якщо ж зважити ще й на ті положення його книги, які викладені у наступних її розділах (скажімо, щодо прав людини на: власність, імміграцію, справедливий рівень заробітної плати,

¹ Він у 2013 р. організував перевидання у Лондоні цієї книги, «озброївши» її своєю ґрунтовною 20-сторінковою передмовою [4]; а у 2016 р. опублікував власну блискучу науково-публіцистичну працю про життєдіяльність випускників Львівського університету (Львівський національний університет імені Івана Франка) 20-х років, фундаторів міжнародного права прав людини — Г. Лаутерпахта та Р. Лемкіна [5] (рецензія на неї друкується у цьому номері журналу «Право України»).

щотижневий відпочинок, оплачувану відпустку, збереження культурної самобутності), то загальний внесок Г. Лаутерпахта — хай, так би мовити, й заочний — у запровадження у Декларацію численних праволюдських положень виявиться ще вагомим.

Але у професора Г. Лаутерпахта був, як зазначалося вище, ще один соціальний «винахід» світового значення (про який у тодішній моїй публікації, щоправда, не йшлося).

І ось тепер, коли наближається 70-річний ювілей Декларації (а у нинішньому році, до того ж, виповнюється 120 років від дня народження цього класика — і, можна без перебільшення сказати, одного з фундаторів — сучасного міжнародного права прав людини), видається вельми доречним характеризувати і другий його унікальний проект: опис пропонованої ним міжнародної правозахисної інституції всесвітнього рівня, утворюваної й функціонуючої під егідою ООН.

Основні ідеї Г. Лаутерпахта щодо створення Вищої комісії з прав людини. Прикметною особливістю запроєктованого ним у згаданій книзі Міжнародного білля прав людини було те, що у ньому не тільки було викладено перелік основоположних прав людини, а й конструювався спеціальний орган ООН із всесвітнього контролю за дотриманням цього Білля усіма державами, які його підписали. Останньому питанню були безпосередньо присвячені заключні статті проекту Білля. Вони були досить детально конкретизовані й прокоментовані автором у III частині його твору, яка мала назву «Впровадження (*Enforcement*) Міжнародного Білля прав людини». (До речі, саме цю частину твору професор Ф. Сендс дуже влучно назвав «серцем» Білля [4, XXVII].)

Отож, наведу означені статті.

Стаття 18

Міжнародний білля прав людини є невід'ємною частиною Прав Націй. Він

перебуває під гарантією Організації Об'єднаних Націй світу. Його дотримання повинно бути предметом розгляду для всіх Об'єднаних Націй.

Стаття 19

У рамках політичної організації Об'єднаних Націй світу має бути створена Вища комісія з нагляду за дотриманням Міжнародного білля прав людини.

Комісія має складатися з незалежних осіб із найвищими якостями, призначених Радою Організації Об'єднаних Націй. Роботу Комісії забезпечує Секретаріат, який формується Президентом Комісії.

Комісія збиратиме інформацію і прийматиме скарги та подання щодо дотримання Міжнародного білля прав людини. Комісія, у справі таких клопотань, зможе спілкуватися й отримувати зауваження (судження, думки) від зацікавлених держав. Комісія повинна подавати щорічні доповіді Раді Організації Об'єднаних Націй і, в разі необхідності, привертати увагу Ради до таких порушень Білля, які можуть спонукати до певних дій Раду Організації Об'єднаних Націй.

Право окремих осіб та організацій на звернення до Вищої комісії у справі дотримання цього Білля не може бути заборонене або обмежене.

Отже, наведені статті запроєктованого професором Г. Лаутерпахтом Міжнародного білля з прав людини переконливо засвідчують, що він виходив передовсім із невідомої до того часу ідеї про те, що юридичний обов'язок забезпечувати й гарантувати права, передбачені Біллем, стосується не тільки тих держав, котрі його підписали як міжнародний договір, а й самої ООН. Цей Білля Г. Лаутерпахт називав «частиною Права Націй» [2, 194, 195]. Звідси він робив радикальний висновок, що ООН не тільки має право, а й обов'язок контролювати держави — підписанти Білля щодо дотримання, непорушення ними

основоположних людських прав [2, 196]. Такі ідеї, ясна річ, були на той час (як прямо підкреслював у книзі Г. Лаутерпахт) справді революційними, радикальними, оскільки з них вперше випливало і право окремої людини скаржитись на державу до певної міжнародної інституції у разі стверджуваного скаржником порушення державою тих прав, котрі фіксувалися у Біллі [2, 78, 82, 94–95]. З такої новаторської фундаментальної ідеї, можна сказати, й почало виростати, формуватись міжнародне право прав людини як нова, найгуманістичніша галузь сучасного міжнародного права.

Орган для контролю за повсюдним і постійним дотриманням прав людини Г. Лаутерпахт назвав (як він сам висловився, «умовно») «Вища комісія з прав людини». Вона мала утворюватись Радою ООН як постійно діючий орган, що складався з відібраних нею незалежних фахівців із найвищими діловими (чи то управлінськими, чи то юридичними) та моральними якостями [2, 196]. Природа цієї Комісії, зумовлювана її основними функціями, мала би мати, за задумом автора, комплексний характер, поєднуючи у собі «політичні, правові та адміністративні» [2, 198] повноваження стосовно впливу на держави, які припустилися порушень Міжнародного білля прав людини. Цю Комісію Г. Лаутерпахт уявляв як «симбіоз органу управління державними справами і судового підходу» задля забезпечення дотримання всіма державами основоположних людських прав.

Право звертатись до Вищої комісії надавалося не тільки окремим індивідам та їхнім організаціям, а й державам; причому перші два види суб'єктів діставали би таку можливість лише після того, як вичерпали усі національні юридичні засоби правозахисту. Г. Лаутерпахт чітко застерігав, що для заявників Вища комісія не є ані апеляційною, ані касаційною (четвертою)

інстанцією стосовно національних судових чи інших правозахисних органів. І хоча, зауважував він, рішення найвищого національного суду «повинні бути останнім словом у державі, вони не можуть, у зв'язку з міжнародним контролем за виконанням Білля прав людини, бути наділені абсолютною остаточністю» [2, 199].

Отримавши інформацію про порушення Білля, Вища комісія мала би входити у комунікацію з «обвинуваченою» державою задля з'ясування позиції останньої стосовно висунутих до неї претензій.

Висновки Вищої комісії щодо розглянутих нею заяв і звернень мали би зумовлювати й характер її реакції на останні, зміст якої міг бути досить різноманітним: це, наприклад, рекомендації та пропозиції відповідній державі стосовно вчинення нею певних дій, а у разі серйозних і частих порушень прав людини — її звернення до Ради ООН із клопотанням вжити необхідні дипломатичні, політичні, економічні чи навіть (у разі потреби) примусові (силові) заходи.

Усі основні характеристики Вищої комісії, створити яку пропонував Г. Лаутерпахт, можна, деякою мірою умовно, розподілити на три групи: інституціонально-організаційні (структурні), функціональні (компетенційні) та процедурно-процесуальні. Розглянемо стисло кожен з них.

Складовою частиною Вищої комісії мав би стати Секретаріат, котрий забезпечуватиме її діяльність. Причому його функції не обмежувалися б виконанням тільки техніко-допоміжних завдань, а й охоплювали б вирішення питань, так би мовити, «сутнісних», змістовних. Тому склад Секретаріату повинен, на думку проектанта, визначатися самою Вищою комісією, — причому уникаючи будь-яких політичних чинників, впливів. Його працівникам має бути притаманна належна компетентність і неупередженість, як це

зазвичай вимагається у міжнародних цивільних органах.

Самі члени Вищої комісії не повинні працювати, виконувати обов'язки у будь-яких інших структурах чи органах (подібно до суддів в органах міжнародного правосуддя). Г. Лаутерпахт зазначав, що з-поміж членів Вищої комісії доречно, аби були люди, які мають досвід судової роботи, хоча будь-яка юридична кваліфікація сама по собі, вважав він, не повинна бути конче необхідною для призначення на посаду члена цієї Комісії. Більш важливим для такого призначення є, на його думку, вельми високі якості державного діяча, управління.

Певні міркування висловив Г. Лаутерпахт і щодо процедури діяльності Вищої комісії. Припускаючи, що кількість заяв і звернень до неї буде досить великою, він вважав, що усі вони мали би попередньо розглядатися її Секретаріатом, якому дозволятиметься «відсікати» ті з них, котрі будуть «явно необґрунтованими, легковажними чи малозначущими» [2, 202]. Причому таку попередню експертизу мав би проводити не одноосібно хтось із працівників Секретаріату, а їх колегія у складі щонайменше трьох членів, з яких хоча б один повинен мати судовий досвід.

Заяви чи звернення, які пройшли таку експертизу, передаватимуться для детального дослідження комітету (або комітетам), до складу якого входитимуть «вищі члени Секретаріату». Такий комітет готуватиме доповідь і рекомендації для прийняття рішення Вищою комісією. Відповідно до цієї доповіді та після отримання з розглядуваного питання пояснень і міркувань уряду держави-«відповідача» Вища комісія має виконати «найважчий й найтонший аспект свого завдання». Вона може дійти висновку про те, що заява або подання є цілком обґрунтованими, оскільки порушення Білля справді мало місце. Однак якщо це порушення є, на її думку, малозначущим, то вона

матиме можливість не ухвалювати і не оприлюднювати якихось своїх серйозних висновків. Тим не менше, з погляду Г. Лаутерпахта, було б доцільним встановити політичний механізм примусу з боку органів міжнародної виконавчої влади, який буде вводитись у дію тільки у випадках серйозних і постійних порушень Білля прав людини.

У разі ж якщо виникатимуть розбіжності між урядом держави та Вищою комісією щодо інтерпретації Білля, остання мала би віддавати перевагу саме тій інтерпретації, якої дотримувалися органи законодавчої, судової або виконавчої влади відповідної держави.

Спеціальні застереження висловив Г. Лаутерпахт стосовно розгляду Вищою комісією питань про можливі порушення соціально-економічних і культурних прав (статті 9–14 Білля). У цих справах завдання Вищої комісії «буде особливо відповідальним і делікатним». Адже зобов'язання держави стосовно забезпечення саме таких прав людини мають бути «з необхідності гнучкими і зумовлюваними внутрішніми умовами та загальним економічним розвитком держави». Автор навіть припускав, що повинні бути створені спеціалізовані секції Секретаріату Вищої комісії для постійного дослідження прогресу у здійсненні означеної групи прав людини. Можна буде, ясна річ, консультуватися, зокрема, і з Міжнародною організацією праці. Однак у підсумку відповідальність за ініціювання будь-яких дій міжнародного характеру стосовно держав, які зазнали невдачі у виконанні своїх зобов'язань щодо забезпечення соціальних прав, лежатиме саме на Вищій комісії.

Що стосується основних функцій Вищої комісії, то вони будуть полягати в: а) загальному нагляді, у найширшому сенсі, за дотриманням Міжнародного білля прав людини і б) застосуванні нею цього акта задля ухвалення, відповідно до наданих ним їй

повноважень, рішень стосовно держав — порушників Білля.

Г. Лаутерпахт розрізняв два види джерел інформації Вищої комісії стосовно стану дотримання Білля різними державами. По-перше, вона сама — з власної ініціативи — мала би збирати таку інформацію, спираючись, зокрема, на публікації, петиції з приватних джерел і від представників держав, на комунікацію з урядами держав та на свої періодичні звіти щодо дотримання Білля (такі звіти, як згадувалося, вона мала би щорічно подавати Раді ООН).

Крім того, потрібна для Вищої комісії інформація включатиме, вважав Г. Лаутерпахт, не тільки відповідне національне законодавство і судові рішення, а й такі матеріали, як приватні листи, статті у пресі, звіти про парламентські дебати, повідомлення про діяльність правозахисних організацій та ін. Такий ініціативний і незалежний збір інформації дозволить, на думку Г. Лаутерпахта, Вищій комісії «діяти незалежно від клопотань осіб і представництв держав». (Так, наприклад, було б її обов'язком діяти за власною ініціативою, якщо яка-небудь держава, скажімо, змінить свою конституцію таким чином, що внаслідок цього буде явно обмежено свободу людини.)

Другим основним джерелом інформаційного забезпечення виконання Вищою комісією її завдань мають бути, як зазначав Г. Лаутерпахт, індивідуальні заяви, а також подання держав. Причому, акцентував він, Вища комісія не повинна обмежуватися лише пасивним збиранням, накопиченням такої інформації. Основне в її роботі — це «активна участь у реалізації людських прав, закріплених у Біллі». Вона має організовувати (шляхом переговорів і реалізації своїх висновків) усунення будь-яких порушень Білля та передачі до найвищих міжнародних авторитетних інстанцій інформації про такі його порушення, які сама Вища комісія

не в змозі усунути лише власними зусиллями і засобами.

Професор Г. Лаутерпахт припускав, що означені заяви (скарги) до Вищої комісії найвірогідніше матимуть місце з огляду на законодавчі заходи, які порушують Міжнародний білля прав людини, або ж унаслідок невиконання національного законодавства, яке призначене попереджати та припиняти такі порушення. Причому він вважав, що основна частина отриманих Вищою комісією заяв розглядатиметься навіть незалежно від того, чи відповідні положення Білля набули статусу частини конституційного права держави (і, отже, так би мовити, «нав'язуються» судам), але вже лише тому, що вони стосуватимуться політичних, культурних і соціальних прав людини, зафіксованих у частині II Білля.

Г. Лаутерпахт в одному із розділів своєї книги наголошував, що право окремих осіб та організацій на звернення до Вищої комісії щодо дотримання Міжнародного білля прав людини не може бути заборонено або обмежено.

Незвичним також було його твердження про те, що кожна держава, яка підписала Білля, повинна мати не тільки право, а й — з огляду на ст. 18 Білля — обов'язок «довести до відома Вищої комісії інформацію про будь-яке порушення Білля». (Причому це не виключає того, що — згідно зі ст. 20 лаутерпахтівського проекту — будь-яка держава може внести на розгляд Ради або Генеральної Асамблеї ООН питання про порушення Міжнародного білля прав людини.)

Та як би то не було, саме Вища комісія має стати — за уявленням автора її проекту — тим органом, на який покладається центр ваги всієї системи захисту прав людини.

Ось як виглядав «піонерський», справді революційний лаутерпахтівський проект спеціалізованого ООНівського органу контролю за повсюдним і постійним дотриманням передбаче-

них Біллем основоположних людських прав.

Безперечно, не всі схарактеризовані вище пропозиції Г. Лаутерпахта набули згодом практичного втілення. Наступні історичні події, істотні соціальні зміни й інші різноманітні чинники не могли не вплинути на практичне вирішення на міжнародному рівні багатьох правозахисних проблем. Але й те, що спромігся вперше в історії людства сконструювати у цьому напрямі професор Г. Лаутерпахт, заслуговує найвищої оцінки та поваги, оскільки не залишилося взагалі незатребуваним, невикористовуваним, а тому не могло не вплинути, тією чи іншою мірою, на реальне створення і функціонування міжнародних правозахисних інституцій як на рівні ООН, так і в різних регіонах світу (насамперед Європі).

Сподіваюся, що сучасні фахівці з міжнародного захисту прав людини, аналізуючи висвітлений у цій статті проект Г. Лаутерпахта щодо міжнародного органу задля всесвітнього контролю за дотриманням основоположних прав людини, зможуть зробити висновки про те, які ж із положень цього проекту згодом відобразилися у побудові та порядку діяльності створених після Другої світової війни міжнародних правозахисних інституцій. Та навіть побіжне порівняння наведених вище уявлень професора Г. Лаутерпахта із міжнародними нормативно-юридичними джерелами, в яких означені питання були пізніше регламентовані, дозволяє констатувати про таке.

До авторських фундаментальних ідей належать, зокрема, такі:

- надання кожній людині статусу суб'єкта міжнародного права (зокрема можливості скаржитися до такої інституції на порушення «своєю» державою основоположних людських прав);
- встановлення обов'язку держави, так би мовити, звітуватись перед цим органом за її дії щодо прав людини

та виконувати його рішення й рекомендації;

- надання людині (чи організації) означеного права лише після того, як нею вичерпані усі національні засоби правозахисту;

- структурування згаданого органу на дві частини задля можливості попереднього відсіву певних видів заяв (скарг) людей та організацій і формулювання певних критеріїв для такого відсіву;

- визнання суб'єктами звернення до проектованого міжнародного органу не тільки окремих індивідів і різноманітних організацій, а й будь-яких із тих держав, які підписали Міжнародний білль прав людини.

Майже всі ці ідеї знайшли, тією чи іншою мірою, відображення у подальшій міжнародно-правовій регламентації створення та діяльності чи то всесвітніх, чи то регіональних правозахисних установ, котрі існують і нині.

Та навіть якщо далеко не всі укладачі міжнародних правових актів, якими здійснювалася така регламентація, були ознайомлені з виданою у 1945 р. книгою професора Г. Лаутерпахта «Міжнародний білль прав людини», то вже навіть сам по собі факт концептуально-змістовного збігу деяких положень цих актів із пропозиціями її автора тим більше є свідченням унікальної сили інтелекту, ґрунтовності й передбачливості уявлень цього класика міжнародного права. Адже саме завдяки йому відбувся подальший революційний розвиток цього права у гуманістичному, людиноцентричному напрямі. І він — професор Г. Лаутерпахт — безсумнівно, заслуговує на те, аби про нього, про його праці, зрештою про його заслуги перед цивілізованим людством знали й пам'ятали в Україні (зокрема, зі зрозумілих причин, у Львівському національному університеті імені Івана Франка) та й в інших країнах світу, а також у міжнародних інституціях.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Burgers J.* The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century // *Human Rights Quarterly*. — 1992. — Vol. 14. — № 4. — Pp. 447–477.
2. *Lauterpaht H.* An International Bill of the Rights of Man. — New York, 1945. — 230 p.
3. *Буткевич В.* Право на життя — основоположне право ЄКПЛ. Становлення та розвиток критеріїв і стандартів його застосування // *Європейський суд з прав людини. Судова практика*. Вип. 2. Стаття 2 ЄКПЛ «Право на життя»: у 3 кн. — К., 2011. — Кн. 2. — С. 199–613.
4. *Sends P.* Introduction // *Lauterpaht H.* An International Bill of the Rights of Man. — Oxford, 2013. — Pp. VII–XVII.
5. *Sands Ph.* East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity. — London, 2016. — 464 p.
6. *Рабинович П., Особа В.* Автор ідеї та першого проекту Міжнародного білля прав людини // *Право України*. — 2013. — № 12. — С. 9–15.

REFERENCES

1. Burgers J. The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century, *Human Rights Quarterly*, 1992, vol. 14, № 4, pp. 447–477.
2. Lauterpaht H. An International Bill of the Rights of Man, New York, 1945, 230 p.
3. Butkevych V. Pravo na zhyttia — osnovopolozhne pravo IeKPL. Stanovlennia ta rozvytok kryteriiv i standartiv ioho zastosuvannia [The right for life — the fundamental right of EConHR. Formation and development of criteria and standards of its application], *Ievropeiskyi sud z prav liudyny. Sudova praktyka. Vyp. 2. Statia 2 IeKPL «Pravo na zhyttia»*, Kyiv, 2011, Book 2, pp. 199–613.
4. Sends P. Introduction, *Lauterpaht H. An International Bill of the Rights of Man*, Oxford, 2013, pp. VII–XVII.
5. Sands Ph. East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity, London, 2016, 464 p.
6. Rabinovych P., Osoba V. Avtor idei ta pershoho proektu Mizhnarodnogo billia prav liudyny [Author of the idea and first draft of the International bill of human rights], *Pravo Ukrainy*, 2013, № 12, pp. 9–15.

Рабинович П. М. Професор Герш Лаутерпахт — перший проектант спеціального органу ООН з контролю за дотриманням її Міжнародного білля прав людини

Анотація. У статті обґрунтовується, що саме Герш Лаутерпахт (який здобув юридичну освіту у Львівському університеті) вперше розпрацював детальний проект спеціального органу Організації Об'єднаних Націй для контролю за дотриманням її Міжнародного білля прав людини. Висвітлюються і стисло коментуються основні положення лаутерпахтівського проекту, декотрі з яких згодом були реалізовані, так чи інакше, у міжнародних правозахисних актах всесвітнього чи регіонального рівня.

Ключові слова: Герш Лаутерпахт, Міжнародний біль прав людини, Загальна декларація прав людини, Організація Об'єднаних Націй, Вища комісія з прав людини.

Рабинович П. М. Професор Герш Лаутерпахт — первый проектант специального органа ООН по контролю за соблюдением ее Международного билля прав человека

Аннотация. В статье обосновывается, что именно Герш Лаутерпахт (получивший юридическое образование во Львовском университете) впервые разработал детальный проект специального органа Организация Объединенных Наций для контроля за соблюдением ее Международного билля прав человека. Характеризуются и кратко комментируются основные положения лаутерпахтовского проекта, отдельные из которых со временем были реализованы, так или иначе, в международных правозащитных актах всемирного или регионального уровня.

Ключевые слова: Герш Лаутерпахт, Международный билль прав человека, Всеобщая декларация прав человека, Организация Объединенных Наций, Высшая комиссия по правам человека.

Rabinovych P. Professor Hersch Lauterpacht — First Designer of a Special UN Body for Monitoring the Compliance of an International Bill of the Human Rights

Annotation. In Article shows that it was Hersch Lauterpacht (former student of Lviv University) who wrote the draft for UN body for controlling the compliance of an International Bill of the rights of man. The article briefly interprets basic provisions of Lauterpacht's project, some of which were embodied in human rights treaties of global and regional level.

Key words: Hersch Lauterpacht, International Bill of rights of man, Universal Declaration of Human Rights, United Nations Organization, High Commission on human rights.

ЄВРОПЕЙСЬКА КОНВЕНЦІЯ З ПРАВ ЛЮДИНИ — ФУНДАМЕНТ ФОРМУВАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В УКРАЇНІ



Н. КАРПАЧОВА

*Перший Уповноважений Верховної Ради України
з прав людини (1998–2012),
член Правління та Ради
Європейського Інституту Омбудсмана,
професор Київського університету права
НАН України,
заслужений юрист України*

Україна разом з європейською спільнотою через три роки відзначатиме історичну подію — 70-річчя Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція, ЄКПЛ). Підписання цього документа 4 листопада 1950 р. у Римі десятима європейськими державами — Бельгією, Францією, Люксембургом, Нідерландами, Великою Британією, Ірландією, Італією, Данією, Норвегією і Швецією — можна, поза сумнівом, вважати найважливішим документом Ради Європи в галузі прав людини.

Запровадження нових стандартів захисту прав людини було нагальною потребою для європейських країн, яким довелося пережити жахи Другої світової війни, під час якої права людини брутално і масово порушувались. Відвойована свобода була оплачена десятками мільйонів життів європейців і жителів інших континентів. Конвенція мала закріпити у своїх нормах стандарти прав і свобод людини, які були проголошені у Загальній декларації прав людини (1948 р.), та запровадити механізми їх реалізації. Крім того, цей процес був пошуком єднання європейських народів на підґрунті ствердження цінностей, на яких будувалися б відносини

між громадянами та різними інститутами влади [1].

Процес приєднання України до цього ключового на європейському просторі документа у галузі прав і свобод людини був досить непростим. Від часу проголошення незалежності наша держава стала складовою міжнародної системи захисту прав людини, взявши відповідні міжнародні зобов'язання, зокрема в рамках найбільш розвинутої європейської системи захисту прав людини. Так, 14 липня 1992 р. Україна заявила про своє бажання приєднатися до Ради Європи, що означало прийняття нашою країною її основних статутних умов: визнання принципу верховенства права, зобов'язання забезпечити права та основні свободи всім особам, які перебувають під юрисдикцією держави, та ефективно співпрацювати з іншими державами з метою досягнення цілей Ради Європи.

26 вересня 1995 р. Парламентська Асамблея Ради Європи (далі — ПАРЕ) ухвалила позитивний висновок (№ 190) щодо заявки України на вступ до Ради Європи [2]. Водночас цей висновок визначив і перший пакет зобов'язань України, які мали бути реалізовані протягом одного року: прийняти нову

Конституцію; рамковий документ про правову політику України у сфері захисту прав людини; рамковий документ про правову та судову реформи, нові Кримінальний, Кримінально-процесуальний, Цивільний та Цивільний процесуальний кодекси; нові закони про вибори та про політичні партії тощо.

На підставі висновку ПАРЄ № 190 Комітет Міністрів Ради Європи 19 жовтня 1995 р. одностайно ухвалив резолюцію про запрошення України стати 37-м членом організації та приєднатися до її Статуту. А 31 жовтня 1995 р. Верховна Рада України ухвалила закон України про приєднання до Статуту Ради Європи.

9 листопада 1995 р. відбулася урочиста церемонія вступу України до Ради Європи, у якій взяла участь делегація України на чолі з Прем'єр-міністром України. Цього ж дня нашою країною була підписана Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та протоколи № 2, 3, 4, 5, 8, 11 до неї.

Набувши членство в Раді Європи, Україна взяла на себе низку й інших важливих зобов'язань у сфері реформування законодавства на основі норм та стандартів Ради Європи, зокрема, змінити роль та функції Генеральної прокуратури відповідно до стандартів Ради Європи; передати Міністерству юстиції України управління пенітенціарною системою; забезпечити незалежність судової влади, залучити професійну асоціацію суддів до процедури їх призначення; заснувати професійну асоціацію адвокатів; забезпечити мирне вирішення існуючих конфліктів між православними церквами та незалежність церкви у її відносинах з державою, а також підписати та ратифікувати низку європейських конвенцій та хартій.

Аналіз виконання цих зобов'язань свідчить, що наша країна стала поступово просуватися по шляху демократичних перетворень та забезпечення

дотримання прав і свобод своїх громадян відповідно до європейських стандартів. Проте залишалася тривалий час не ратифікованою саме Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод.

І сьогодні частиною українського суспільства висловлюється критична думка щодо недостатнього впливу цієї Конвенції на правозастосовну практику країни. Але не можна заперечувати того факту, що Конвенція, навіть до її ратифікації Україною, суттєво вплинула на процес розробки положень нової Конституції України, передусім у частині визначення в ній змісту прав і свобод людини. Як наслідок, другий розділ Конституції України відповідає стандартам Ради Європи в галузі прав людини. Це зазначили й у своєму звіті «Функціонування демократичних інституцій в Україні» співдоповідачі Моніторингового комітету ПАРЄ із посиланням на думку Європейської Комісії «За демократію через право» (Венеційська Комісія), що «чинна Конституція є всеосяжною по захисту основних прав і свобод та демонструє готовність України захищати в повному обсязі права, гарантовані ЄКПЛ» [3].

Причини певної недооцінки значення Конвенції для нашої країни бачу в іншому. На той час в Україні робилися спроби сформувати у владних структурах і серед громадян негативне ставлення до окремих її положень, зокрема щодо заборони застосування смертної кари. Тому й ратифікація Конвенції тривалий час штучно гальмувалася.

Мені як народному депутату України II скликання Верховної Ради України довелося бути координатором та співдоповідачем питання щодо ратифікації ЄКПЛ. Це був драматичний процес, якому чинили активний спротив представники виконавчої влади, правоохоронних органів і доволі велика частина депутатського корпусу. Попри все, були здолані останні перешкоди, і 17 липня 1997 р. питання зрештою було внесено

на пленарне засідання Верховної Ради України.

Розгорнулася бурхлива дискусія щодо необхідності ратифікації документа. Голосування було в декілька етапів: спочатку нас підтримали лише 176 народних обранців, потім — 218. І тільки після додаткового обговорення 248 народних депутатів проголосували за ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. З цього моменту вона стала складовою національного законодавства України.

Треба наголосити, що взяті Україною перед ПАРЄ зобов'язання значно розширювали насамперед правове поле забезпечення прав і свобод людини, яке було закріплено Конституцією України. На виконання вимог Основного Закону у грудні 1997 р. Верховною Радою України був прийнятий Закон України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини», яким запроваджувався інститут Уповноваженого з прав людини для здійснення парламентського контролю за додержанням конституційних прав і свобод людини та громадянина, проголошених у Конституції, законах і міжнародних договорах України, а також сприяння приведенню національного законодавства про права і свободи людини у відповідність до міжнародних стандартів у цій галузі.

Одним із пріоритетів діяльності Першого Омбудсмана було визначено контроль за забезпеченням реалізації норм Європейської конвенції з прав людини в Україні. Проте виникла проблема з її оприлюдненням. У газеті «Голос України» було надруковано лише текст Закону України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року». Тобто зміст самої Конвенції та додаткових протоколів до неї залишався недоступним для суспільства, громадськості, органів влади, що фактично унеможливило її дію на території України. Тому в травні 1999 р.

мені як Уповноваженому з прав людини довелося звернутися до Президента України — гаранта Конституції України щодо офіційного оприлюднення тексту Конвенції відповідно до ст. 94 Основного Закону. Наступний крок — моя публікація у журналі «Віче» Верховної Ради України (№ 10, 1998 р.) разом із переданим до редакції неофіційним перекладом тексту ЄКПЛ та протоколів до неї [4]. І знову виконавча влада не друкує офіційний текст Конвенції. Тоді Уповноважений з прав людини прийняла рішення відкрити перший номер Вісника Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, виданого в січні 1999 р., текстом ЄКПЛ [5].

Довелося докласти ще чимало зусиль, аби зрештою у січні 2001 р. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод та додаткові протоколи до неї були офіційно опубліковані у газеті «Голос України» [6]. Це була подія не менша за ратифікацію самої ЄКПЛ. Адже згідно зі ст. 9 Конституції України інші міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, стають частиною нашого законодавства, але за умови їх офіційного оприлюднення.

Зазначу, що стан виконання Україною зобов'язань у галузі прав людини, взятих при вступі до Ради Європи, перебував під постійним контролем Омбудсмана. Вже у першій Щорічній доповіді Уповноваженого з прав людини про стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні, представленій Верховній Раді України у 2000 р., звернуто увагу органів влади на зволікання з приведенням національного законодавства у галузі прав і свобод людини у відповідність до міжнародних стандартів [7]. За невеликим винятком, Україна постійно не вкладалась у визначені терміни виконання взятих зобов'язань.

У наступних доповідях Уповноваженого наголошувалось, що відповідно

до Конституції України встановлені в ній права і свободи людини і громадянина не є вичерпними, їх можна і треба розширювати, приєднуючись до універсальних та європейських конвенцій з прав людини, а також знімаючи застереження до вже ратифікованих Україною документів. Як член ПАРЄ Україна повинна приводити власне законодавство у відповідність до угод, що приймаються цією організацією, керуючись принципом пріоритету міжнародних норм над нормами національного законодавства. На жаль, дотримання цього принципу ще й досі залишається для України нагальною проблемою.

Захист права людини на життя та заборона смертної кари – наріжний камінь європейських стандартів у галузі прав людини

Важливу складову зобов'язань України перед Радою Європи становила необхідність скасування смертної кари. Після прийняття нової Конституції України, в якій право на життя визнано невід'ємним, виникла правова колізія між Конституцією та чинним кримінальним законодавством. У 1999 р. 51 народний депутат України звернувся до Конституційного Суду України (далі – КСУ) з поданням щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190¹ Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання.

У зв'язку з підготовкою до розгляду цього конституційного подання у своєму висновку від 7 червня 1999 р., направленому до КСУ, Уповноважений з прав людини зазначила, що питання щодо скасування смертної кари повинно вирішуватися Верховною Радою України шляхом ратифікації Додаткового протоколу № 6 до Європейської конвенції з прав людини та одночасним внесенням відповідних змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України [8].

29 грудня 1999 р. КСУ вирішив, що положення ст. 24 Загальної частини та положення санкцій статей Особливої частини Кримінального кодексу України, які передбачають смертну кару як вид покарання, визнаються такими, що не відповідають Конституції України (є неконституційними) і втрачають чинність [9].

До речі, цього дня я відвідувала Київський слідчий ізолятор і мала зустріч із 23-річним О. Крапивницьким, якого було засуджено ще 19 грудня 1996 р. судовою колегією у кримінальних справах Київського міського суду за вбивство чотирьох осіб до смертної кари – розстрілу. У розмові зі мною він заявив, що визнав себе винним і вважає, що для нього краще покарання буде розстріл, ніж довічне ув'язнення. Цей факт свідчить про те, наскільки неоднозначно сприймалась заборона смертної кари навіть тими, хто був на неї приречений.

Зрозуміло, що без внесення відповідних змін до Кримінального та інших кодексів України, на чому наполягала Омбудсман України, зазначене рішення КСУ призвело до правової колізії: майже два місяці де-юре і де-факто був правовий вакуум у питанні скасування смертної кари в Україні. До Уповноваженого з прав людини стали надходити листи від осіб, засуджених до страти, з вимогами вжити заходів щодо їх негайного звільнення у зв'язку з визнанням смертної кари неконституційною.

Тобто саме життя вимагало реалізації пропозиції українського Омбудсмана: вирішити питання скасування смертної кари в Україні шляхом ратифікації Додаткового протоколу № 6 до Європейської конвенції з прав людини з одночасним внесенням змін до Кримінального, Кримінально-процесуального та Виправно-трудоного кодексів України. У червні 2000 р. Уповноважений з прав людини, виступаючи з доповіддю на 48-му засіданні Керівного комітету з прав людини Ради

Європи, наголосила, що з позиції захисту прав людини і громадянина заміна в Україні смертної кари пожиттєвим позбавленням волі об'єктивно породила серйозні проблеми у процесі практичної реалізації.

Лише 22 лютого 2000 р. Україна нарешті ратифікувала згаданий Протокол № 6, а з 1 вересня 2001 р. набрав чинності новий Кримінальний кодекс України, прийнятий Верховною Радою України 5 квітня того ж року, в якому смертну кару замінено довічним ув'язненням. З травня 2002 р. Україна приєдналася до Додаткового Протоколу № 13 до Європейської конвенції з прав людини, який передбачає остаточне скасування страти за будь-яких обставин — у мирний і воєнний час. Таким чином, зобов'язання нашої країни перед Радою Європи щодо скасування смертної кари було нарешті повністю виконане. Протокол № 13 став наступним кроком на шляху до того, щоб зробити Європу «зоною, вільною від виняткової міри покарання», адже цей протокол забороняє смертну кару за будь-яких обставин шляхом скасування винятку, передбаченого в Протоколі № 6 на час війни або її загрози [10].

Проте законодавчі кроки України у цьому напрямі виявилися запізненими і вирішували питання скасування смертної кари у подальшому. Проблема щодо тих, до кого смертна кара — розстріл — була замінена на довічне ув'язнення, з точки зору правозастосовної практики залишилася. Підтвердженням цього стало конституційне провадження, яке було відкрите колегією КСУ 22 вересня 2010 р. за поданням Верховного Суду України (далі — ВСУ) щодо офіційного тлумачення окремих статей Конституції, Кримінального кодексу та Закону України «Конституційний Суд України» саме з проблеми правової колізії до осіб, які раніше були засуджені до смертної кари, а потім вона була змінена довічним ув'язненням.

Листом від 30 вересня 2010 р. КСУ звернувся до Омбудсмана України з проханням висловити правову позицію з цих питань. Зокрема, зазначалось, що до ВСУ надходять численні клопотання осіб, засуджених до довічного позбавлення волі за злочини, вчинені ними в період до 4 квітня 2000 р., тобто до набрання чинності Законом України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III, та осіб, яким смертну кару замінено на довічне позбавлення волі на підставі Закону України від 22 лютого 2000 р. № 1483-III, про перегляд у порядку виключного провадження судових рішень стосовно них у зв'язку з неправильним застосуванням судами кримінального закону. У цих клопотаннях порушувалося питання про те, що засудження цих осіб до довічного позбавлення волі або заміна їм смертної кари на довічне позбавлення волі є незаконним, оскільки Кримінальний кодекс України 1960 р. з урахуванням рішення КСУ від 29 грудня 1999 р. № 11-рп/99 у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо невідповідності Конституції України (неконституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 1901 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару), необхідно умовно розглядати як новий кримінальний закон, що повинен мати зворотну дію в часі та поширюватися на осіб, які вчинили злочин до 29 грудня 1999 р., а також у період з 29 грудня 1999 р. по 4 квітня 2000 р., а Кримінальний кодекс України 1960 р. у редакції Закону України від 22 лютого 2000 р. не повинен мати зворотної дії в часі.

В Україні станом на 1 березня 2017 р. в установах виконання покарань максимального рівня безпеки та на окремих дільницях утримуються 1 573 особи, засуджені до довічного позбавлення волі і стосовно яких вирoki набрали чинності, з них — 22 жінки. Крім того,

стосовно 52 осіб, засуджених до довічного позбавлення волі, вироки суду ще не набрали законної сили. (На момент визнання в Україні смертної кари неконституційною засуджених до страти було 417 осіб.)

Хочу зазначити й таке. У листопаді 2009 р. мені довелося взяти участь у Міжнародному конгресі зі скасування кари, який відбувся у м. Флоренція, італійському регіоні Тоскана, де 30 листопада 1786 р. вперше в історії людства було ухвалено рішення про скасування смертної кари та застосування тортур. У своєму виступі на цьому конгресі мною було наведено неспростовні аргументи на користь скасування смертної кари: це і можлива судова помилка та неможливість її виправити, і неприпустимість застосування смертної кари до неповнолітніх, що перетворює державу на вбивцю. Адже, на мою думку, застосування смертної кари — це не покарання, а помста з боку держави.

На жаль, вже тривалий час в Україні деякі політики, депутати Парламенту, продовжують закликали відновити смертну кару за особливо тяжкі злочини. Законопроекти про введення смертної кари періодично реєструють. Тому для Омбудсмена України з 2008 р. почався етап нових дій — боротьби за невідновлення в Україні смертної кари, адже моя позиція залишається незмінною — страта несумісна з правами людини.

Зазначу, що 18 грудня 2007 р. більшістю голосів країн-учасниць на 62-й сесії Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй (далі — ООН) було прийнято резолюцію про введення мораторію на застосування смертної кари в усьому світі, ініціатором якої виступила італійська делегація. Однак досі ця крайня, жорстока і не виправна міра покарання, яка зневажає основні права людини, продовжує застосовуватися у 55 державах зі 194 країн — членів ООН. Так, *Amnesty International*

зафіксувала у 2016 р. 3 117 смертних вироків. Це помітне зростання порівняно з 2015 р. (1 998 смертних вироків). Серед країн, де застосовується смертна кара, найбільша кількість страт — у Китаї, Ірані, Саудівській Аравії, Іраку та Пакистані. Уперше з 2006 р. США не увійшли у першу п'ятірку за кількістю страт, зайнявши сьому позицію за Єгиптом. Цифра в двадцять страт стала найнижчою в країні з 1991 р. Єдина країна в Європі, де залишається смертна кара, — Білорусь.

Європейський суд з прав людини — унікальний механізм судового захисту

«Рада Європи ніщо без Конвенції, а Конвенція — без Суду». Ця відома формула найбільш чітко відображає взаємопов'язаність і неподільність створеної європейської правової системи захисту прав людини. Новаторським її стрижнем, як справедливо зазначив відомий міжнародник Д. Фіцморіс, стало «право громадянина звертатися зі скаргою на свій власний уряд до міжнародного суддівського форуму» [11].

У 2015 р. європейська спільнота відзначила 60-річницю створення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ, Суд), українські ж громадяни набули права звертатися до нього лише з 11 вересня 1997 р., тобто з дня набуття чинності Європейською конвенцією з прав людини для нашої держави.

На жаль, висловлювані Омбудсманом України та багатьма експертами побоювання, що наші громадяни, не знайшовши захисту у своїй країні, почнуть масово звертатися до Європейського суду з прав людини, справдилися. І дуже швидко Україна стала «одним з лідерів» за кількістю заяв, що надходили до Суду. Так, у 2010 р. серед загальної кількості 138 200 заяв, які перебували на розгляді суддів ЄСПЛ, 11 050 заяв, тобто 8 %, були подані проти України. Тоді наша держава займала четверте місце після Росії

(38 100 – 27,6 %), Туреччини (16 200 – 11,7 %) та Румунії (12 200 – 8,8 %).

Україна входила до першої п'ятірки країн, після Туреччини, Італії, Росії та Румунії, стосовно яких Судом ухвалено найбільше рішень по суті. Станом на 1 жовтня 2010 р. судом загалом ухвалено 661 рішення по суті стосовно України. При цьому Судом констатовано 567 порушень ст. 6 Конвенції «Право на справедливий судовий розгляд», з яких 365 стосувалися невиконання або надмірної тривалості виконання рішень національних судів (найбільш гостра проблема), 114 – надмірної тривалості розгляду судами цивільних справ, 40 – порушення розумного строку провадження у кримінальних справах, 30 – процесуальних порушень українськими судами.

Судом встановлено також 284 порушення ст. 1 «Право на мирне володіння своїм майном» Протоколу № 1 до Конвенції (здебільшого порушенням цієї норми Суд вважає невиконання рішень національних судів, що унеможливає отримання позивачами відповідних сум, призначених цими судами), 120 порушень ст. 13 «Право на ефективний засіб юридичного захисту» Конвенції, 37 порушень ст. 3 «Заборона катування» Конвенції та 35 порушень ст. 5 «Право на свободу та особисту недоторканність» Конвенції тощо.

На виконання рішень ЄСПЛ (включно з рішеннями національних судів) Україною сплачено близько 50 млн грн бюджетних коштів.

З огляду на те, що з нашої країни надходила значна кількість заяв до ЄСПЛ, Комісар Ради Європи з прав людини Т. Хаммарберг у 2009 р. звернувся до Омбудсмана України з проханням щодо посилення співпраці з Судом. Це стосувалося насамперед надання інформації, за допомогою якої ця судова установа зможе визначити пріоритетність заяв від громадян України, що перебувають у неї на розгляді, адже сам Суд не завжди міг це

встановити, визначити їх актуальність на сьогодні, чи є проблема, що порушується у заяві, системною та чи можуть бути ухвалені аналогічні (клоновані) рішення у майбутньому. Співпраця Комісара Ради Європи з прав людини з Омбудсманом з цих питань надала змогу прискорити роботу ЄСПЛ при розгляді справ.

Рішення, ухвалені Судом щодо нашої держави, засвідчили наявність системних та масових порушень прав і свобод людини в Україні, серйозних недоліків у національному законодавстві та правозастосовній практиці, зокрема, щодо функціонування судової системи України, державної виконавчої служби, правоохоронних органів, Департаменту з питань виконання покарань. На всі ці проблеми Уповноважений з прав людини постійно звертає увагу держави, суспільства та міжнародних організацій вже багато років поспіль – у своїх щорічних та спеціальних доповідях і в актах реагування вищим посадовим особам держави.

З 30 березня 2006 р. діє Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (далі – Закон), який передбачає механізми виконання державою рішень Суду, застосування ЄКПЛ та практики Суду українськими судами при розгляді справ як джерела права, юридичну експертизу всіх законопроектів, а також підзаконних нормативних актів, на які поширюється вимога державної реєстрації, на їх відповідність Конвенції. Встановлена й відповідальність за невиконання або неналежне виконання рішення Суду [12].

Важливою з погляду парламентського контролю за виконанням рішень Суду є ст. 5 Закону («Сповіднення про Рішення»), згідно з якою протягом трьох днів урядовий уповноважений у справах Європейського суду з прав людини надсилає стислий виклад остаточного рішення Суду щодо України

разом з копією оригінального тексту Уповноваженому з прав людини.

Проте попри наявність такого Закону, проблеми з виконанням Україною рішень ЄСПЛ викликають серйозну стурбованість Комітету Міністрів та ПАРЄ, оцінюються ними як виклик усій правозахисній системі, побудованій на основі Європейської конвенції з прав людини. Так, за оцінками урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини, в Україні рішення ЄСПЛ часто виконуються або частково, або з тривалою затримкою, а часом повністю ігноруються.

Як свідчить щорічний звіт Урядового уповноваженого у справах Європейського суду з прав людини, станом на 31 грудня 2016 р. у Суді перебувало загалом 79 750 справ проти держав – сторін Конвенції, з них 18 150 – проти України, що становить майже 23 % від загальної кількості справ. На сьогодні Україна займає перше місце за кількістю справ, які перебувають на розгляді в Суді. Друге місце посідає Туреччина, третє – Угорщина, четверте – Росія, п'яте – Румунія.

У 2016 р. ЄСПЛ надіслав Уряду України 1 326 справ проти України з пропозицією надати позицію Уряду України. Із них 1 092 справи стосуються невиконання або тривалого виконання рішень національних судів і належать до групи справ за «пілотним» рішенням Суду «Юрій Миколайович Іванов проти України».

У 2016 р. ЄСПЛ було ухвалено 172 рішення у справах проти України. Основними проблемами, що призводять до констатації Європейським судом з прав людини порушень Україною положень Конвенції, і надалі залишаються:

- невиконання або тривале виконання рішень національних судів;
- надмірна тривалість провадження у цивільних і кримінальних справах;
- тривале та неефективне розслідування обставин смерті осіб;

- жорстоке поводження з особами, які перебувають під контролем держави (у місцях досудового тримання під вартою або в місцях виконання покарань);

- неефективність розслідування правоохоронними органами скарг на жорстоке поводження представників державних органів, зокрема, у місцях досудового тримання осіб під вартою та в установах виконання покарань;

- неналежні матеріально-побутові умови тримання осіб, які перебувають у місцях досудового тримання під вартою або в установах виконання покарань, а також ненадання вказаній категорії осіб належної медичної допомоги;

- нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження у зв'язку з застосуванням до заявників наручників під час перебування у лікарні в період досудового розслідування;

- недоліки законодавства та судової практики, які призводять до тримання особи під вартою без належної законної підстави;

- недоліки законодавства та судової практики, що унеможливають реалізацію заявниками свого права на відшкодування шкоди за незаконне застосування до них запобіжного заходу у вигляді взяття під варту;

- недоліки судової практики, що призводять до порушення права особи на справедливий судовий розгляд;

- неналежна адміністративна практика органів державної влади, зокрема правоохоронних органів;

- відсутність у заявників ефективних засобів юридичного захисту у зв'язку з встановленими порушеннями;

- недоліки законодавства та судової практики, які призводять до притягнення особи до відповідальності двічі за одне й те саме правопорушення;

- недоліки судової практики щодо права на свободу вираження поглядів.

У 2016 р. на виконання рішень Європейського суду з прав людини із Державного бюджету було сплачено 612 294 315,54 грн. Крім того,

у 73 рішеннях Суду, в яких було констатовано порушення Україною Конвенції, ЄСПЛ зобов'язав Україну сплатити заявникам 434 347,00 євро.

Відповідно до ст. 10 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» рішення Суду є підставою для повторного розгляду справи (процедура *restitutio in integrum*).

Важливо, що право звернутися до відповідного суду за переглядом рішення національного суду на підставі рішення ЄСПЛ письмово роз'яснюється кожному заявнику протягом 10 днів від дня отримання повідомлення про набуття рішенням статусу остаточного.

Під час діяльності Омбудсмана України, для вирішення системних проблем мною було внесено такі пропозиції, зокрема:

- невідкладно внести зміни до законодавства України щодо вдосконалення процедури примусового виконання судових рішень, усунення законодавчих перешкод щодо звернення стягнення на майно та кошти боржників;

- передбачити у Державному бюджеті України кошти на фінансування видатків, пов'язаних із виконанням рішень національних судів, за якими боржником є держава, органи державної влади, державні установи та організації, а також підприємства, на які поширюється дія Закону України «Про введення мораторію на примусову реалізацію майна»;

- з метою запобігання у подальшому ухвалення судових рішень з питань, пов'язаних із соціальними виплатами, закласти у Державний бюджет України достатні кошти для щорічного здійснення соціальних виплат, право на отримання яких гарантовано законодавством, та погашення заборгованості з таких виплат;

- прийняти закон, який надавав би можливість громадянину оскаржити до суду тривалість виконавчого провадження та отримати компенсацію у разі

встановлення судом тяганини з виконанням судового рішення.

- ратифікувати Європейську конвенцію про компенсацію збитків жертвам насильницьких злочинів 1983 р. та прийняти відповідний закон, який надав би можливість за рахунок держави компенсувати збитки, пов'язані з каліцтвом, іншим погіршенням здоров'я, смертю, пошкодженням майна фізичної особи, котра стала жертвою злочину, — у випадку, якщо не встановлено особу злочинця або він є неплатоспроможним. З цього приводу Уповноваженим з прав людини вносилося подання Президентів України;

- забезпечити завершеність судового провадження — від початку розгляду справи до остаточного виконання ухваленого по ній рішення. Відтак виконавча служба має бути невід'ємною складовою судової гілки влади.

Запровадження системи постійних контрольних моніторингових органів Ради Європи

Важливо зазначити, що держави — учасниці Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не зупинилися на захисті лише громадянських і політичних прав, закріплених у цій Конвенції, які належать, як відомо, до першого покоління прав людини і базуються на так званому негативному визначенні свободи як заборони втручання держави чи інших суб'єктів у відносини, що становлять зміст того чи іншого права. Починаючи з 1953 р., Рада Європи напрацьовує і приймає низку угод, які визначають права людини другого покоління, що базуються на позитивному визначенні свободи і вимагають від держав-учасниць створення для людини відповідних умов та взяття на себе відповідальності за забезпечення прав і свобод людини: це — комплекс трудових, соціальних та культурних прав. Як зазначає відомий російський юрист

В. Туманов, сам Суд ніколи не розглядав каталог прав людини як повністю закритий. Принцип еволюційного тлумачення норм Конвенції «у світлі сьогодення» завжди дозволяв йому при незмінності тексту Конвенції розширювати її зміст [13]. Сьогодні Рада Європи приймає міжнародні договори про права людини вже наступних поколінь.

Поряд із цим стали запроваджуватися постійні моніторингові механізми контролю за виконанням окремих європейських документів з прав людини. Кожен із цих контрольних органів має унікальну форму та порядок дії, що значно відрізняються від принципів створення та функціонування конвенційних комітетів ООН. Тому вважаю за необхідне більш докладно розглянути дію постійних контрольних моніторингових органів Ради Європи та співпрацю з ними Омбудсмана України.

Європейський комітет із соціальних прав. Європейська соціальна хартія, 55 років відзначалася в 2016 р., — один із найважливіших європейських документів, що стосується соціальних прав людини та контролю за їх дотриманням. Фактично ЄКПЛ разом із Хартією та протоколами до них становлять, на мою думку, Європейський білль про права людини. Саме єдність цих документів є підтвердженням взаємопов'язаності, взаємозалежності та неподільності всіх прав людини: громадянських, політичних, соціально-економічних, культурних. Нагляд за дотриманням узятих на себе зобов'язань країнами-учасницями щодо цієї Хартії здійснює Європейський комітет із соціальних прав, який обирається Комітетом Міністрів Ради Європи. Контрольний механізм за виконанням норм Хартії містить дві складові — процедуру представлення урядом національних доповідей за групами прав «Зайнятість, професійне навчання та рівні можливості», «Охорона здоров'я, соціальне забезпечення та соціальний захист», «Трудові права»,

«Діти, сім'я, мігранти» та підготовку заключних висновків за цими доповідями Комітетом із соціальних прав, а також процедуру колективних скарг. Комітет робить висновки за результатами розгляду національних доповідей та приймає рішення за колективними скаргами, створюючи базу прецедентного права.

Україна під час ратифікації Європейської соціальної хартії (переглянутої) 14 вересня 2006 р. приєдналася лише до її 27 статей (у тому числі 6 із 9 обов'язкових) та 74 пунктів (з 98), зокрема, не взявши на себе зобов'язання щодо встановлення щорічної оплачуваної відпустки тривалістю не менше чотирьох тижнів; визнання права працівників на таку винагороду, яка забезпечує їм і їхнім сім'ям достатній життєвий рівень тощо.

Європейський комітет із соціальних прав зробив висновки щодо відповідності ситуації в країні вимогам лише двох пунктів Хартії. З більшості ж зобов'язань, за якими Україна звітувала у першій національній доповіді, Комітет відклав оцінку до отримання додаткової інформації. Зокрема, щодо виконання ст. 11 «Право на охорону здоров'я», ст. 30 «Право на захист від бідності та соціального відчуження» Хартії. Водночас Комітет із соціальних прав дійшов висновку, що національна ситуація не відповідає ст. 23 Хартії, оскільки рівень мінімальної пенсії за віком очевидно незадовільний.

Уповноважений з прав людини активно співпрацювала з Комітетом Верховної Ради України з питань соціальної політики та праці щодо здійснення контролю за реалізацією норм Хартії. За пропозицією Омбудсмана, підтриманою Комітетом, Міністерство праці та соціальної політики України вперше забезпечило оприлюднення на своєму сайті першої та другої національних доповідей щодо виконання взятих на себе зобов'язань щодо Хартії у законодавстві та на практиці,

а також Заключних висновків 2009 р. Європейського комітету із соціальних прав до першої національної доповіді щодо виконання статей 3, 11, 14, 23 та 30 Хартії (питання охорони здоров'я, соціального забезпечення та соціального захисту). На сьогодні уряд надав дев'ять національних доповідей з цього питання.

Європейський комітет з питань запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню. Особливі форми міжнародного контролю передбачено Європейською конвенцією про запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню 1987 р., яку Україна ратифікувала 5 травня 1997 р. Відповідно до цієї Конвенції діє Європейський комітет із запобігання катуванням та нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню. У ньому працюють представники всіх держав-учасниць, у тому числі України. Так, у березні 2015 р. новим головою Комітету обрано українського юриста М. Гнатівського. Комітет здійснює інспекції на місцях на предмет дотримання Конвенції усіма державами-учасницями і відповідно до наслідків інспекцій готує доповідь про стан дотримання Конвенції, яку в конфіденційному порядку надає уряду держави, в якій відбулася інспекція. Уряд повинен вживати необхідних заходів щодо викорінення зазначених порушень і доповіді Комітетові.

Постійно відбуваються інспекційні візити членів комітету та експертів в Україну. На сьогодні відбулося 12 таких візитів. Під час яких відвідуються місця, в яких утримуються особи, позбавлені волі: кімнати для затриманих, спеціальні установи міліції, пенітенціарні установи, психіатричні лікарні, міграційні пункти тощо. За результатами кожного з цих візитів Уряду надаються відповідні доповіді Комітету.

Омбудсманом України здійснювався системний моніторинг стану дотримання прав людини у місцях ізоляції від суспільства, насамперед шляхом відвідування їх із візитами «без попередження». Саме Уповноважений з прав людини надала цій проблемі публічного характеру, залучаючи з перших днів діяльності до таких перевірок засоби масової інформації, та разом із фахівцями інституції відпрацювала за ґратами загалом понад два з половиною роки. У цих питаннях також було налагоджено тісну співпрацю з Європейським комітетом із запобігання катуванням, його головою М. Пальме, який на моє запрошення відвідав Україну з робочим візитом.

Водночас Уповноважений з прав людини вважала, що не вдалося забезпечити виконання низки важливих рекомендацій Комітету із запобігання катуванням: зберігалася практика застосування тортур та дій, що принижують гідність людини, особливо під час затримань, арештів; у місцях позбавлення волі не вдалося зупинити епідемії ВІЛ/СНІДу, туберкульозу та гепатиту.

З ініціативи та за поданням Уповноваженого з прав людини Президенту України 21 липня 2006 р. Україною ратифіковано Факультативний протокол до Конвенції ООН проти катувань, проте одна з головних вимог цих документів щодо створення Національного контрольного механізму із запобігання катуванням як окремого державного органу зі спеціальним статусом так і не було виконано, на чому наголошував як Комітет ООН проти тортур, так і Європейський комітет із запобігання катуванням. Восени 2011 р. за ініціативою Омбудсмана України та за підтримки Ради Європи в Києві відбувся Міжнародний круглий стіл «Створення національного превентивного механізму в Україні», на якому було наголошено, що виключно на базі Офіса Омбудсмана такий механізм фактично

було започатковано ще до ратифікації Факультативного протоколу до Конвенції ООН. До таких візитів без попередження Омбудсман України включала представників неурядових організацій, лікарів, судово-медичних експертів, психіатрів [14].

Про необхідність створення Національного превентивного механізму запобігання катуванням йшлося у поданнях Уповноваженого Президента України. Питання начебто зрушено з місця, напрацьовано відповідний законопроект, в обговоренні якого взяли участь неурядові правозахисні організації. Запропоновано створити Національне бюро у боротьбі з тортурами. Але раптом від Міністерства юстиції України з'явилися ні з ким не узгоджені законодавчі ініціативи, які нічого нового суспільству не пропонують. Воно навіть не бачило себе складовою цього Національного механізму, попри те, що згідно з Висновком № 190 Державний департамент з питань виконання покарань мав бути підпорядкований Міністерству юстиції України. Тобто влада вкотре намагалася зробити так, щоб нічого не робити.

Тільки в травні 2015 р. Державний Департамент став частиною Міністерства юстиції України.

А передача цих функцій виключно до Офісу Омбудсмана України здебільшого стала формальним підходом до вирішення цієї болючої для України проблеми. На жаль, за кількістю тортур Україна посідає одне з перших місць в Європі.

З початку конфлікту на Сході країни у 17 моніторингових доповідях управління Верховного комісара ООН з прав людини наголошується не лише про свавільне затримання, катування та жорстоке поводження, насильницьке знищення, викрадення людей, сексуальне та гендерно обумовлене насильство, а й позасудові страти.

На мою думку, саме Національний механізм мав би насамперед зосередитися

на превентивних заходах щодо застосування в Україні тортур аж до їх повного викорінення, одночасно взяв би під контроль питання відшкодування жертвам таких злочинів, проводив би комплексні розслідування системних порушень прав затриманих, в'язнів, хворих у психіатричних лікарнях, інвалідів у будинках престарілих, у Центрах для нелегальних мігрантів, біженців тощо. Крім того, впливав би на припинення практики безкарності правоохоронних органів, а також проводив би різні просвітницькі заходи, навчання, тренінги правоохоронців.

Консультативний комітет Рамкової конвенції із захисту прав національних меншин. Ще до вступу до Ради Європи (15 вересня 1995 р.) Україною була підписана Рамкова конвенція Ради Європи про захист національних меншин, а 9 грудня 1997 р. вона була ратифікувала. Ця Конвенція є першим юридично обов'язковим багатостороннім документом, присвяченим питанням захисту національних меншин.

Механізм моніторингу стану імплементації Рамкової конвенції, крім підготовки періодичних доповідей, передбачає здійснення безпосередніх візитів делегації експертів Консультативного комітету до країни, що звітує, для оцінки реального стану захисту прав національних меншин згідно з положеннями документа. Після розгляду відповідних доповідей і результатів моніторингу Консультативний комітет оприлюднює оціночну доповідь із висновком і рекомендаціями разом із коментарями на веб-сайті Ради Європи.

Перша доповідь про виконання Україною положень Рамкової конвенції була підготовлена у 1999 р., друга — у 2006 р., третя — у 2009 р., четверта — 2017 р.

У Висновку Консультативного комітету та Резолюції Комітету Міністрів Ради Європи ResCMN(2003)5 «Про виконання Україною Рамкової конвен-

ції про захист національних меншин» зазначається, що Україна доклала необхідних зусиль з питань підготовки законодавства загального характеру для захисту національних меншин. Водночас експертами Ради Європи акцентується увага на недостатньому законодавчому врегулюванні питань, що стосуються імплементації її положень, включаючи сферу електронних засобів масової інформації, врегулювання питань мовної політики, забезпечення прав та усунення фактів дискримінації ромів, облаштування осіб, депортованих за національною ознакою, зокрема кримських татар.

Питання моніторингу забезпечення прав національних меншин є одним із пріоритетних напрямів у діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. Відповідно до § 2 ст. 25 Рамкової конвенції Омбудсман України брала участь у підготовці трьох доповідей України щодо реалізації її положень, які були подані на розгляд Комітету Міністрів Ради Європи.

За ініціативою Уповноваженого з прав людини і підтримки Верховного комісара ОБСЄ у справах національних меншин уперше в Україні у 2002 р. у шести поліетнічних регіонах України було реалізовано спільний проект «Моніторинг дотримання прав національних меншин в Україні». За його результатами було підготовлено багатоаспектні рекомендації щодо удосконалення законодавчої бази, розвитку етнічної, культурної, мовної та релігійної самобутності. Згадані документи були надіслані вищим посадовим особам держави, народним депутатам України, центральним органам державної виконавчої влади, керівникам громадських організацій національних меншин.

Враховуючи важливість подальшої імплементації положень Рамкової конвенції про захист національних меншин для країни, Уповноважений з прав людини багато разів акцентувала увагу

на прийнятті парламентом законопроектів «Про Концепцію державної етнонаціональної політики» і «Про відновлення прав осіб, депортованих за національною ознакою».

Комітет експертів Європейської хартії регіональних мов або мов меншин. Європейська хартія регіональних мов або мов меншин була підписана Україною 2 травня 1996 р. та ратифікована 15 травня 2003 р. Проте ратифікаційну грамоту депоновано було лише 19 вересня 2005 р. і, як наслідок, цей міжнародний договір набрав чинності для України лише з 1 січня 2006 р. Механізмом моніторингу цього міжнародного документа є Комітет експертів Європейської хартії регіональних мов або мов меншин.

Відповідно до ст. 15 Хартії Урядом України підготовлена Перша періодична доповідь України про виконання Європейської хартії регіональних мов або мов меншин, яка 1 липня 2007 р. була передана до Секретаріату Ради Європи.

У травні 2008 р. в Україну було здійснено візит експертів Комітету Європейської хартії Ради Європи, які провели моніторинг реального стану імплементації положень Хартії. У рамках візиту експерти мали зустрічі з Уповноваженим з прав людини, представниками уряду, центральних та місцевих органів виконавчої влади, керівниками громадських організацій національних меншин. За його результатами підготовлена оціночна доповідь про виконання Україною взятих міжнародних зобов'язань, у якій знайшли відображення конструктивні рекомендації Уповноваженого з прав людини щодо практичної імплементації її положень.

Слід зазначити, що тільки упродовж 2008–2009 рр. до Уповноваженого з прав людини звернулися близько 300 представників національних меншин стосовно виконання зобов'язань, узятих Україною при ратифікації Європейської хартії, зокрема в частині реаліза-

ції прав на навчання і вивчення рідної мови та здобуття вищої освіти, спричинених прийняттям постанови Кабінету Міністрів України від 30 вересня 2009 р. «Про внесення змін до Положення про загальноосвітній навчальний заклад», де йшлося про те, що «в робочий час у державному і комунальному загальноосвітньому навчальному закладі постійно застосовувати українську мову», та виданням Міністерством освіти і науки України наказу від 26 червня 2009 р. № 570 «Про зовнішнє незалежне оцінювання навчальних досягнень осіб, які виявили бажання вступати до вищих навчальних закладів України у 2010 році».

З метою поновлення порушених освітніх прав громадян України за національною ознакою Уповноваженим були направлені Подання Прем'єр-міністрові України та Міністрові освіти і науки України. Відповідно до рішення КСУ від 2 лютого 2010 р. № 4 та наказу Міністерства освіти і науки України від 25 березня 2010 р. № 238 зазначені вище мовні права наших громадян були поновлені.

7 липня 2010 р. Комітетом Міністрів Ради Європи була прийнята Рекомендація RecChL(2010)6 щодо застосування Європейської хартії регіональних мов або мов меншин Україною. У пунктах 1–6 згаданих Рекомендацій акцентується на розробленні у тісній співпраці з носіями мов меншин структурованої освітньої політики з питань регіональних мов або мов меншин, забезпеченні їхнього права на здобуття освіти рідною мовою, сприянні трансляції радіо- та телепередач, поширенні продукції засобів масової інформації та фільмів регіональними мовами або мовами меншин, підтримці функціонування культурних центрів для носіїв цих мов.

Уповноважений з прав людини вважала, що з метою виконання цих рекомендацій необхідно якнайшвидше ухвалити зміни до Закону України

«Про ратифікацію Європейської хартії регіональних мов або мов меншин» та Закону України «Про мови», які б відповідали сучасній мовній ситуації, європейським стандартам та принципам Хартії, що сприятиме гармонізації мовної політики в Україні та виконанню міжнародних зобов'язань у цій сфері.

Європейська комісія проти расизму та нетерпимості. Важливим контрольним органом Ради Європи з моніторингу ситуації в боротьбі з насильством, дискримінацією і забобонами щодо осіб або груп осіб за ознакою їхньої расової належності, кольору шкіри, мови, релігії, громадянства чи національного або етнічного походження є Європейська комісія по боротьбі з расизмом і нетерпимістю. У своїй роботі вона вивчає ситуацію по чергово у кожній країні — члені Ради Європи, аналізує її та готує аналітичні доповіді, в яких викладає свої пропозиції і рекомендації щодо подолання проблем расизму і расової нетерпимості.

За 22 роки членства України в Раді Європи Комісія вже підготувала п'ять відповідних доповідей по Україні: у 1998, 2002, 2007, 2012 і 2015 роках. У своїй третій доповіді, до якої, до речі, Уповноваженим з прав людини зроблено інформаційно-аналітичний та організаційний внесок, Комісія відзначила певний прогрес у нашій державі, який відбувся з погляду як на виконання зауважень і рекомендацій щодо приєднання України до низки міжнародних документів Ради Європи у галузі захисту прав людини, так і внесення відповідних змін і доповнень до національного законодавства. Водночас зазначається, що частина попередніх рекомендацій Комісії не була втілена в життя або була врахована лише частково.

Обговорення існуючої ситуації в Україні щодо боротьби з расизмом та нетерпимістю відбулося за ініціативою Комісії у м. Києві 7 травня 2009 р. на велелюдному круглому столі, де співго-

ловами були голова Комісії та Омбудсман України. Говорячи про загальну ситуацію з проявами в Україні расизму та нетерпимості, тодішня голова Комісії Є. Асмуссен, зокрема, зазначила та застерегла Україну: «Прикро, але ми отримуємо з України негативну інформацію про діяльність ультраправих націоналістів і організацій скінхедів. Це свідчить про те, що в державі склалася дуже серйозна ситуація». Також було зазначено, що боротися з цими ганебними явищами потрібно передусім шляхом роз'яснення, у тому числі на рівні батьків і дітей, неприпустимо ображати інших, які належать не до титульної нації, раси чи етнічної групи.

Певна заслуга Європейської комісії полягає й у введенні в Україні за її рекомендацією статистики щодо вчинення злочинів на ґрунті расової нетерпимості. У 2009 р. було видано спільне розпорядження Генеральної прокуратури і керівництва Міністерства внутрішніх справ України щодо обліку злочинів, вчинених на ґрунті расової, національної чи релігійної нетерпимості. На виконання цього розпорядження органи прокуратури та міліції мають організувати роботу щодо обліку злочинів зазначеної категорії, а також запровадити щомісячний звіт про розкриття цього виду злочинності.

На думку Уповноваженого з прав людини, яку я виклала під час роботи згаданого форуму, існуючу проблему треба ретельно вивчати на державному рівні, відкрито обговорювати, заохочувати для цього проведення інформаційних кампаній проти ксенофобії та расизму у засобах масової інформації, вищих і середніх навчальних закладах, школах, серед молоді й тим самим запобігати її поширенню на ранніх стадіях.

Створення механізму моніторингу стосовно протидії торгівлі людьми. Перший Уповноважений з прав людини у травні 2010 р. звернулася до Президента України з пропозицією прискорити ратифікацію Конвенції

Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми, положення якої не лише сприяють запобіганню торгівлі людьми, а й запроваджують механізми надання дієвої допомоги жертвам злочину. 21 вересня 2010 р. Верховна Рада України ратифікувала цю важливу Конвенцію.

Але варто згадати й ті кроки, які наша країна вже зробила на шляху боротьби з цим ганебним явищем. Як народний депутат України II скликання мені довелося бути ініціатором та автором Закону про встановлення кримінальної відповідальності за торгівлю людьми, прийнятого ще у березні 1998 р. Тоді Україна стала третьою країною Європи, після Бельгії та Німеччини, де було запроваджено закон, який імплементував у вітчизняне законодавство всі склади міжнародних злочинів, пов'язаних із работоргівлею, включаючи і порушення, пов'язані з торгівлею органами людини, а також використання дітей у збройних конфліктах і експлуатацію їх праці. Не випадково в подальшому цей Закон України став матрицею для розробки законів у деяких країнах, зокрема і в США.

У 1999 р. при Уповноваженому з прав людини була створена Національна координаційна рада щодо запобігання торгівлі людьми, яка ініціювала розробку Першої Державної програми протидії торгівлі людьми. За цей час було розроблено декілька таких державних програм. У Міністерстві внутрішніх справ України та Міністерстві молоді і спорту України створені спеціальні департаменти та підрозділи, на які покладено виконання заходів, передбачених програмами. Пізніше було долучено Міністерство соціальної політики України, Міністерство освіти і науки України, Міністерство юстиції України, Службу у справах дітей та сім'ї, Державну прикордонну службу України, Національну поліцію, Службу безпеки України, Державну службу України з надзвичайних ситуацій,

Державну службу України з питань праці та ін. Можна з упевненістю сказати, що завдяки спільно вжитим заходам врятовано життя, здоров'я та гідність тисяч людей.

Важливо, що Конвенцією Ради Європи про заходи щодо протидії торгівлі людьми передбачено створення спеціального механізму моніторингу, зокрема Групи експертів із заходів стосовно протидії торгівлі людьми (далі – ГРЕТА). Оціночна процедура щодо протидії торгівлі людьми в країнах поділяється на раунди, тривалість яких визначає ГРЕТА, яка на початку кожного раунду також визначає спеціальні положення, що становитимуть основу для процедури оцінювання. Можуть додатково організовуватися й візити до країн. ГРЕТА готує проект звіту, в якому надається аналіз виконання положень, на яких ґрунтується оцінювання, а також свої зауваження і пропозиції стосовно того, як зацікавлена країна може впоратися з виявленими проблемами. Проект передається для коментарів країні, якої стосується оцінювання, і її коментарі беруться до уваги при укладанні звіту. Звіт і висновки оприлюднюються з часу їхнього прийняття разом із коментарями відповідної країни.

Така співпраця зі згаданим механізмом моніторингу допомагає країнам — учасникам Конвенції виявляти можливі прогалини у законодавчій, нормативній базі або правозастосовній практиці.

Цьому має сприяти і прийняте Кабінетом Міністрів України постановою від 24 лютого 2016 р. № 111 «Про затвердження Державної соціальної програми протидії торгівлі людьми на період до 2020 р.», де особлива увага звертається на попередження торгівлі людьми серед внутрішньо переміщених осіб та запобігання торгівлі людьми з використанням сучасних інформаційних технологій.

Співпраця Першого Омбудсмана з Комісаром з прав людини та іншими органами Ради Європи

З перших кроків своєї діяльності Уповноважений з прав людини приділяла особливу увагу співпраці з Радою Європи, налагодженню взаємодії з її керівними та спеціалізованими органами.

Омбудсман України впевнено увійшла до європейської омбудсманівської спільноти і вже у травні 1999 р. у Києві за її ініціативи Радою Європи проведено перший форум європейських омбудсманів.

Унікальним інститутом за своєю роллю у європейській системі захисту прав людини є Комісар Ради Європи з прав людини. Він відіграє насамперед координаційну роль, об'єднуючи зусилля національних інституцій з прав людини Європейського регіону, сприяючи їх діалогу, обміну позитивним досвідом, пошуку довгострокових рішень для вирішення проблем у галузі прав людини. Омбудсманом України було налагоджено постійний зв'язок із Комісаром Ради Європи.

Так, у червні 2004 р. я зверталася до Першого Комісара Ради Європи з прав людини А. Хіль Роблеса за сприянням у захисті прав українських моряків, членів екіпажу судна «*Zudar Sexto*», заарештованих 25 жовтня 2003 р. поліцією Республіки Кабо Верде (Зеленого Мису) за запитом Іспанії про екстрадицію у зв'язку з підозрою в їх належності до злочинного угруповання з контрабанди наркотиків.

Хоча за своїм мандатом Комісар з прав людини не розглядає індивідуальних звернень, на практиці йому нерідко важко пройти повз страждання конкретної людини. Найбільш яскравим прикладом такої результативної взаємодії Єврокомісара Т. Хаммарберга й Омбудсмана України є справа особи без громадянства З. Волошиної. Комісар звернувся до Омбудсмана України з проханням втрутитися у справу щодо

врятування життя 52-річної жінки, матері трьох дітей, засудженої до страти за злочин, якого вона не скоювала. На той час вона вже була майже нерухомою, її життя майже 12 років стрімко згасало в жахливих умовах ізолятора тимчасового тримання у м. Сухумі (Абхазія). Завдяки скоординованим зусиллям спільно з Т. Хаммарбергом нам вдалося врятувати вже приречену жінку та повернути її додому. За підтримки Омбудсмана України вона отримала громадянство України, суттєво поновила втрачене здоров'я та повернулася до нормального життя. Дійсно — одне врятоване життя — врятований цілий світ...

Відповідно до ст. 3 Резолюції Комітету Міністрів Ради Європи 99 (50) Комісар з прав людини вживає заходів задля налагодження постійного діалогу з державами — учасницями Ради Європи задля досягнення цілей свого мандата. З цією метою він здійснює моніторингові візити до цих держав для вивчення ситуації щодо відповідності їх законодавства і правозастосовної практики стандартам Ради Європи у галузі прав людини, а також готує спеціальні доповіді за результатами цих візитів, які подаються Парламентській Асамблеї та Комітетові Міністрів Ради Європи.

Комісар з прав людини Т. Хаммарберг здійснив перший такий візит до України у грудня 2006 р., під час якого відвідав Київ, Львів та Одесу. Зокрема, було проведено зустрічі з міністрами закордонних справ, юстиції, внутрішніх справ та освіти України, Уповноваженим з прав людини, головою Державного департаменту з питань виконання покарань, представниками Державного комітету у справах національностей та релігій, керівниками основних політичних фракцій Верховної Ради України, міськими головами Львова й Одеси, релігійними лідерами, представниками громадянського суспільства та ін.

У вересні 2007 р. опубліковано Доповідь Комісара за результатами візиту, у XIII розділі якої представлено відповідні рекомендації, спрямовані на поліпшення ситуації [15]. Комісар практикує також повторні візити до відповідних країн для обговорення змін, що відбулися за період, який минув після його першого візиту.

З 2008 р. за ініціативою Т. Хаммарберга розпочато реалізацію проекту «Рівний з рівним». Комісар неодноразово наголошував на тому, що національні інституції з прав людини (далі — НІПЛ), серед яких — Омбудсмани, є ключовими партнерами Ради Європи у забезпеченні захисту прав людини у країнах-учасницях. На його думку, реакція на порушення прав людини має відбуватися передусім на національному рівні, оскільки вона є більш оперативною та цільовою.

Саме тому проект «Рівний з рівним» мав на меті розвиток системи ефективного та довготривалого співробітництва Ради Європи з незалежними позасудовими структурами з прав людини, що діють відповідно до «Паризьких принципів» (активної мережі), сприяння поліпшенню їх діяльності. Проект реалізується у декількох напрямках: проведення практичних семінарів для спеціалізованого персоналу НІПЛ з метою ознайомлення його з європейськими стандартами у галузі прав людини, обміну досвідом; підготовка Радою Європи для НІПЛ двічі на місяць інформації про діяльність Європейського суду з прав людини, Комісара з прав людини, ПАРЄ, Комітету Міністрів Ради Європи, конвенційних органів Ради Європи; видання англійською мовою збірника резюме щорічних доповідей НІПЛ (порівняльний аналіз діяльності європейських НІПЛ) та ін.

Враховуючи успішність проекту, з 2010 р. розпочато проект «Рівний з рівним II», до реалізації якого, крім Комісара з прав людини, підключився

Генеральний директорат прав людини та правових питань Ради Європи. Омбудсман брала активну участь у реалізації цих проектів.

Для забезпечення більш оперативної співпраці з Комісаром та Генеральним директоратом 21 вересня 2010 р. відбулася зустріч Уповноваженого з прав людини з Президентом ПАРЕ М. Чавушоглу, який перебував з робочим візитом в Україні. Під час зустрічі обговорено найбільш гострі проблеми забезпечення прав людини в нашій державі, зокрема свободи слова і прав національних меншин. Президент ПАРЕ висловив сподівання на продовження співпраці, запросивши Омбудсману України відвідати штаб-квартиру Ради Європи у Страсбурзі.

У травні–листопаді 2011 р. за роки членства в Раді Європи Україна вперше головувала у керівному органі — Комітеті Міністрів. І хоча головування є почесним обов'язком, це, безперечно, дало змогу привернути увагу європейського співтовариства до нашої держави, її політичного і соціально-економічного розвитку та внести на розгляд Ради Європи низку важливих питань, включаючи проблематику прав людини.

З метою належної підготовки до цієї важливої події розпорядженням Кабінету Міністрів України від 28 липня 2010 р. № 1509-р було утворено Організаційний комітет з підготовки та забезпечення здійснення заходів, пов'язаних з головуванням України в Комітеті Міністрів Ради Європи, до складу якого було включено представника Уповноваженого з прав людини.

Оргкомітет розглянув та затвердив перелік із трьох пріоритетів головування в Комітеті Міністрів Ради Європи. Серед них: захист прав дітей; права людини та верховенство права на сторожі демократії та стабільності в Європі; зміцнення та розвиток місцевої демократії.

Уповноважений з прав людини внесла низку пропозицій до переліку заходів, які були враховані під час головування України в рамках згаданих пріоритетів. Було обговорено роль та місце Омбудсманів країн — членів Ради Європи у забезпеченні європейських стандартів у галузі прав і свобод людини. Під час свого головування Україна зробила ще один важливий крок разом із європейською спільнотою до ствердження стандартів Європейської конвенції з прав людини.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Де Сальвіа М.* Европейская конвенция по правам человека / науч. ред. А. И. Ковлера, Ю. Ю. Берестнева ; пер. И. В. Соболевой. — СПб., 2004. — 267 с.
2. *Висновок № 190 (1995)* Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо заявки України на вступ до Ради Європи від 26 вересня 1995 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon1.rada.gov.ua/cgiDbin/laws/main.cgi?nreg=994_590.
3. *Функціонування демократичних інституцій в Україні.* Звіт : ПАРЕ : Комітет з питань дотримання обов'язків і забов'язань державами — членами Ради Європи (Моніторинговий комітет) ; співдоповідачі: пані Рената Вольвенд, Ліхтенштейн, Група Європейської народної партії, і пані Майліс Репс, Естонія, Альянс лібералів і демократів за Європу [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12357.pdf>.
4. *Карпачова Н. І.* Європейська конвенція з прав і основних свобод людини в українському законодавстві // Віче. — 1998. — № 10. — С. 43–47.
5. *Карпачова Н. І.* Права людини: від проголошення до реального втілення // Вісник Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. — 1999. — № 1. — С. 5–8.
6. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.* // Голос України. — 2001. — 10 січ.
7. *Карпачова Н. І.* Стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні : Перша щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. — К., 2000. — 377 с.
8. *Висновок* Уповноваженого з прав людини щодо скасування смертної кари в Україні // Карпачова Н. І. Перший Омбудсман України на захисті прав людини : зб. док. 1998–2006. — К., 2007. — 714 с.

9. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 1901 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) № 11-рп від 29 грудня 1999 р.* // Вісник Конституційного Суду України. — 2000. — № 1. — С. 16–21.
10. *Бойл К.* Право на життя // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О. Л. Жуковської. — К., 2004. — 960 с.
11. *Отдельное мнение судьи сэра Джерельда Фицмориса* // Европейский Суд по правам человека : избр. решения : в 2 т. / пред. ред. коллегии — д-р юрид. наук., проф. В. А. Туманов. — М., 2000. — Т. 1. — С. 91–102.
12. *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини* : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV // Урядовий кур'єр. — 2006. — 30 берез.
13. *Туманов В. А.* Европейский суд по правам человека: очерк организации и деятельности. — М., 2001. — 295 с.
14. *Створення національного незалежного превентивного механізму проти тортур в Україні.* Інтерв'ю Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини Ніни Карпачової — журналу «Право України» // Право України. — 2011. — № 11–12. — С. 150–155.
15. *Доповідь* Комісара з прав людини Томаса Хаммарберга про його візит до України з 10 по 17 грудня 2006 р. Кабінету Міністрів і Парламентській Асамблеї, 26 вересня 2007 р. (Страсбург). — Страсбург, 2007. — CommH (2007)15. — 56 с.

REFERENCES

1. De Salva M. *Evropeiskaia konventsiia po pravam cheloveka* [European convention on human rights], Saint Peterburg, 2004, 267 p.
2. *Vysnovok № 190 (1995) Parlamentskoi Asamblei Rady Ievropy shchodo zaiavky Ukrainy na vstup do Rady Ievropy vid 26 veresnia 1995 r.* [Conclusion № 190 (1995) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe щодо applications of Ukraine for the accession to the Council of Europe of September 26, 1995]. Available at: http://zakon1.rada.gov.ua/cgiDbin/laws/main.cgi?nreg=994_590.
3. *Funktsionuvannia demokratychnykh instytutiv v Ukraini. Zvit: PARIe: Komitet z pytan dotrymannia oboviazkiv i zaboviazan derzhavamy — chlenamy Rady Ievropy (Monitorynhovyi komitet); spivpovidachi: pani Renata Volvend, Likhtenshtein, Hrupa Ievropeiskoi narodnoi partii, i pani Mailis Repts, Estoniia, Alians liberaliv i demokrativ za Ievropu* [Functioning of democratic institutes in Ukraine. Report of PACE: Committee on the questions Observance of Duties and Obligations state members of the Council of Europe (Monitoring committee) co-reporters: madam Renata Volvend, Liechtenstein, Group of the European People's Party, and madam Maylis Repts, Estonia, Alliance of Liberals and Democrats for Europe]. Available at: <http://assembly.coe.int/Documents/WorkingDocs/Doc10/EDOC12357.pdf>.
4. *Karpachova N. I.* Ievropeiska konventsiia z prav i osnovnykh svobod liudyny v ukrainskomu zakonodavstvi [The European convention on the rights and fundamental freedoms of the person in the Ukrainian legislation], *Viche*, 1998, no. 10, pp. 43–47.
5. *Karpachova N. I.* Prava liudyny: vid proholoshennia do realnoho vtilennia [Human rights: from declaration to the real embodiment], *Visnyk Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny*, 1999, no. 1, no. 5–8.
6. *Konventsiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod 1950 r.* [Convention on human rights protection and fundamental freedoms of 1950], *Holos Ukrainy*, 2001, 10 sichnia.
7. *Karpachova N. I.* Stan dotrymannia ta zakhystu prav i svobod liudyny v Ukraini: Persha shchorichna dopovid Upovnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny [Condition of observance and protection of the rights and freedoms of the person in Ukraine: First Annual Report of the representative of the Verkhovna Rada of Ukraine on human rights], Kyiv, 2000, 377 p.
8. *Vysnovok Upovnovazhenoho z prav liudyny shchodo skasuvannia smertnoi kary v Ukraini* [The conclusion of the Commissioner for Human Rights щодо Abolition of the death penalty in Ukraine], *Karpachova N. I. Pershyi Ombudsman Ukrainy na zakhysti prav liudyny: zb. dok. 1998–2006*, Kyiv, 2007, 714 p.
9. *Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy u справі за konstytutsiinym podanniam 51 narodnoho deputata Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) polozhen statei 24, 58, 59, 60, 93, 1901 Kryminalnoho kodeksu Ukrainy v chastyni, shcho peredbachaie smertnu karu iak vyd pokarannia (sprava pro smertnu karu) № 11-рп від 29 hrudnia 1999 r.* [The decision of the Constitutional Court of Ukraine on business on konstytutsiinym podanniam 51 Narodnoho Deputata Ukrainy щодо compliances of the Constitution of Ukraine (konstytutsiinost) of provisions of articles 24, 58, 59, 60, 93, 1901 criminal the code of Ukraine in a part that assumes capital punishment as a look punishment (on the

- right about capital punishment) № 11-rp of December 29, 1999], *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 2000, no. 1, pp. 16–21.
10. Boil K. Pravo na zhyttia [Right to life], *Ievropeiska konventsiiia z prav liudyny: osnovni polozhennia, praktyka zastosuvannia, ukraïnskyi kontekst*, Kyiv, 2004, 960 p.
 11. Otdelnoe mnenie sudi sera Dzherelda Fitsmorisa [Dissenting opinion of the judge sir Dzhhereld Fitsmoris], *Evropeyskiy Sud po pravam cheloveka*, Moscow, 2000, vol. 1, pp. 91–102.
 12. Pro vykonannia rishen ta zastosuvannia praktyky Ievropeiskoho sudu z prav liudyny: Zakon Ukrainy vid 23 liutoho 2006 r. № 3477-IV [About implementation of decisions and Application of practice of the European Court of Human Rights: The law of Ukraine of February 23, 2006 № 3477-IV], *Uriadovyi kurier*, 2006, 30 bereznia.
 13. Tumanov V. A. Evropeyskiy sud po pravam cheloveka: ocherk organizatsii i deyatelnosti [European Court of Human Rights: sketch of the organization and activity], Moscow, 2001, 295 p.
 14. Stvorennia natsionalnoho nezalezhnoho preventyvnoho mekhanizmu proty tortur v Ukrainy. Interviu Uповnovazhenoho Verkhovnoi Rady Ukrainy z prav liudyny Niny Karpachovoi – zhurnal «Pravo Ukrainy» [Creation of an independent national preventive mechanism against torture in Ukraine. Interview of the Verkhovna Rada of Ukraine on Human Rights Nina Karpachova – Journal «Law of Ukraine»], *Pravo Ukrainy*, 2011, no. 11–12, pp. 150–155.
 15. Dopovid Komisarara z prav liudyny Tomasa Khammarberga pro yogo vizyt do Ukrainy z 10 po 17 grudnya 2006 r. Kabinetu Ministriv i Parlamentskiy Asamblei, 26 veresnya 2007 r. (Strasburg) [The report of the Commissioner for Human Rights Thomas Hammarberg about his Visit to Ukraine from December 10 to December 17, 2006 Cabinet council and Parliamentary Assembly, on September 26, 2007 (Strasbourg)], Strasbourg, 2007, CommH (2007)15, 56 p.

Карпачова Н. І. Європейська конвенція з прав людини – фундамент формування захисту прав людини в Україні

Анотація. У статті йдеться про процес приєднання України до одного з базових документів у галузі прав людини – Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Висвітлено діяльність Першого Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо приведення законодавства України та правозастосовної практики у відповідність до європейських стандартів, аналізується практика Європейського суду з прав людини щодо України. Новацією статті є аналіз системи постійних контрольних моніторингових органів Ради Європи щодо України. Розкриваються форми співпраці Омбудсману України з Комісаром з прав людини та іншими органами Ради Європи.

Ключові слова: права і свободи людини, європейські стандарти, Європейський суд з прав людини, Омбудсман, Європейський комітет із соціальних прав, Європейський комітет з питань запобігання катуванням чи нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню, Консультативний комітет Рамкової конвенції із захисту прав національних меншин, Комітет експертів Європейської хартії регіональних мов або мов меншин, Європейська комісія проти расизму та нетерпимості, Європейський білль про права людини.

Карпачова Н. И. Европейская конвенция по правам человека – фундамент формирования защиты прав человека в Украине

Аннотация. В статье идет речь о процессе присоединения Украины к одному из базовых документов в области прав человека – Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Освещена деятельность Первого Уполномоченного Верховной Рады Украины по правам человека по приведению законодательства Украины и правоприменительной практики в соответствие с европейскими стандартами, анализируется практика Европейского суда по правам человека относительно Украины. Новацией статьи является анализ системы постоянных контрольных мониторинговых органов Совета Европы относительно Украины. Раскрываются формы сотрудничества Омбудсмана Украины с Комиссаром по правам человека и другими органами Совета Европы.

Ключевые слова: права и свободы человека, европейские стандарты, Европейский суд по правам человека, Омбудсман, Европейский комитет по социальным правам, Европейский комитет по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, Консультативный комитет Рамочной конвенции по защите национальных меньшинств, Комитет экспертов Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств, Европейская комиссия против расизма и нетерпимости, Европейский билль о правах человека.

Karpachova N. The European Convention on Human Rights — the Base of Formation of Human Rights Protection in Ukraine

Annotation. The article discusses the process of Ukraine's accession to one of the basic documents on human rights — the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. It refers to the activities of the Ukrainian Parliament Commissioner for Human Rights in bringing the legislation and law enforcement practice of Ukraine in line with the European standards, as well as analyzes the practice of the European Court of Human Rights in relation to Ukraine. Innovation of the article is based on the analyses of the control system of permanent monitoring bodies of the Council of Europe in the context of Ukraine. It develops on the forms of cooperation of the Ombudsman of Ukraine with the Council of Europe Commissioner for Human Rights and other Council of Europe bodies.

Key words: human rights and freedoms, European standards, the European Court of human rights, the Ombudsman, the European committee of social rights, the European committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, the Advisory committee of the framework convention for protection of national minorities, the Committee of experts of the European charter for regional or minority languages, the European commission against racism and intolerance, the European Bill of human rights.

ЗАКОННІСТЬ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА СВОБОДУ Й ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ У ПРАКТИЦІ СТРАСБУРЗЬКОГО СУДУ



Д. ГУДИМА
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

Позбавлення волі, затримання, взяття і тримання під вартою (арештом) — це лише невелика частина аспектів обмеження свободи, на які поширюється ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція, ЄКПЛ). Ця стаття також стосується примусового поміщення людини у психіатричні й соціальні установи, домашнього арешту, тримання у транзитних зонах аеропортів, поліцейських відділках, патрульних автомобілях і багатьох інших випадків (п. 4) [1], не кожен з яких прямо вказаний в її тексті. Проте у кожному з них Європейський суд з прав людини (далі — Суд, ЄСПЛ) з'ясовує, зокрема, чи був дотриманий державою при застосуванні обмежень права на свободу й особисту недоторканність («*right to liberty and security*») принцип законності.

Як відомо, терміни, що використовуються у Конвенції, мають автономне значення, тобто поняття, позначені

цими термінами, можуть бути витлумачені Судом безвідносно до їх значення у національному законодавстві. У контексті ст. 5 Конвенції ЄСПЛ також не вважає себе зв'язаним правовими висновками національних органів влади щодо того, чи мало місце позбавлення волі та здійснює автономну оцінку обставин справи (п. 4) [1]. А отже, і зміст понять «закон» («*law*») і «законний» («*lawful*»), якими оперує п. 1 ст. 5 Конвенції, що покликаний звести до мінімуму ризик сваволі у діях органів влади, неможливо встановити без звернення до відповідної практики Суду.

Вказане зумовлює актуальність теми цієї статті.

Стаття 5 Конвенції встановлює мінімальні гарантії від незаконного обмеження фізичної свободи людини (п. 1) [1]. До слова, «право на свободу» та «право на особисту недоторканність» розглядаються Судом не як окремі права, а як два аспекти одного права, яке зазвичай трактується лише

як право на фізичну свободу. Якщо внутрішнє законодавство не надає таких гарантій, то повинні застосовуватися конвенційні. Але коли національний закон передбачає більш високий рівень гарантій, то, спираючись на приписи ст. 5 ЄКПЛ, рівень державних гарантій не можна знизити.

Тому, якщо під час застосування заходів з обмеження свободи (затримання, взяття під варту тощо), як часто буває, не виконуються вимоги законодавства держави, це може означати порушення Конвенції. Якщо ж внутрішнє законодавство належно виконується, то порушення ст. 5 може вбачатися у тому, що таке законодавство саме по собі не відповідає конвенційним вимогам, оскільки дозволяє, заохочує або, можливо, примушує агентів держави (її органи, посадових осіб) до невиконання приписів Конвенції.

Таким чином, як багато інших статей Конвенції, ст. 5 покладає на державу позитивні обов'язки захищати свободу людей, які перебувають під її юрисдикцією, зокрема, впроваджувати сумісне з вимогами ЄКПЛ ефективне внутрішнє законодавство, що передбачає випадки та порядок обмеження свободи людини, оскарження такого обмеження, а також притягнення до відповідальності винних у її порушенні. Крім того, держава зобов'язана знати про місцезнаходження особи, обмеженої органами влади у свободі, надавати інформацію про таке місце, передбачати заходи щодо запобігання ризику зникнення людей, а також без затримок проводити ефективне розслідування за заявою про факт зникнення особи після обмеження її свободи агентами держави.

Гарантії фізичної свободи, надані у ст. 5 Конвенції, вимагають від держав точного дотримання внутрішнього законодавства, а саме виконання встановлених ним матеріальних і процесуальних вимог до застосування заходів з обмеження свободи людини

(п. 19) [1]. Крім того, будь-які застосовувані державами обмеження свободи повинні мати на меті лише ті легітимні (законні) цілі, що передбачені у підпунктах «а»–«f» п. 1 ст. 5 Конвенції. З огляду на обмеженість обсягу цієї статті з'ясування змісту означених цілей може бути предметом окремого дослідження.

Законність. Інтерпретація конвенційних понять «законність» і «закон» в окремих справах Суду може відрізнитися від їхнього розуміння, поширеного у загальній теорії права [2, 129, 130, 138, 165, 173; 3, 197–199, 213, 261, 268, 337; 4, 178–181, 365–366].

Як зазначив суддя *ad litem* у Міжнародному трибуналі щодо колишньої Югославії С. Трехсель (Швейцарія), для цілей ст. 5 Конвенції законність має бути наявною у двох проявах: з одного боку, повинен існувати «законодавчий текст», який дозволяє застосування певного способу позбавлення свободи; з другого боку, мають існувати «відповідні процесуальні гарантії», оскільки згідно з п. 1 ст. 5 ЄКПЛ позбавлення свободи здійснюється «відповідно до процедури, встановленої законом». Відтак, по-перше, «повинна існувати належна правова основа та процедура», «по-друге, при розгляді конкретної справи закон має бути додержаний» [5, 121–122].

З формального боку, для визначення законності обмеження свободи достатньо встановити, що нормативною підставою для такого обмеження був акт, який називається «закон», прийнятий парламентом, набув чинності та на момент застосування не був скасований або змінений у відповідній частині. Однак, як свідчить практика Суду, такий підхід є занадто вузьким і не може забезпечити належний захист конвенційних прав і свобод.

Свого часу колишній Урядовий уповноважений у справах Європейського суду з прав людини Ю. Зайцев назвав цей підхід «формально-примі-

тивним», «схематизованим» і вказав на те, що «термін “закон” у контексті практики Європейського суду з прав людини має ширше значення, ніж його “технічне” розуміння; більше того, він тісно пов’язаний з таким поняттям, як “законність»» [6, 482, 484].

Для дотримання передбаченої п. 1 ст. 5 Конвенції гарантії законності обмеження свободи насамперед важливо, щоб таке обмеження було здійснене на підставі національного закону. Обов’язок його тлумачити та застосувати входить у компетенцію національних органів влади, зокрема судів, а Суд може розглянути питання про те, чи було дотримане національне законодавство для цілей ст. 5 Конвенції (п. 21) [1].

Формальна законність обмеження свободи, тобто повна відповідність такого обмеження національному законодавству, є основним, але не завжди вирішальним критерієм оцінки дотримання п. 1 ст. 5 Конвенції. Тому ЄСПЛ має встановити, що обмеження свободи було сумісним з метою цього пункту, а саме із «запобіганням свавільному чи необґрунтованому позбавленню свободи» (п. 17) [1]. Інша справа, що, як слушно зауважив С. Трехсель, «не зовсім зрозуміло, в яких межах Суд бере на себе визначення того, чи було дотримано національного закону в тій чи іншій конкретній справі» [5, 122].

Таким чином, якщо про незаконність обмеження свободи у практиці ЄСПЛ свідчить, хоч і не завжди, порушення національного закону, то його точне дотримання не завжди підтверджує відповідність зазначеного обмеження гарантії законності. Суд виходить із того, що *ex injuria jus non oritur*. З огляду на це, нормативні акти держави, що не відповідають її міжнародним зобов’язанням, не є законом у розумінні Конвенції.

Правомірність (законність) обмеження свободи означає відсутність сваволі у діях агентів держави, які здій-

снюють таке обмеження, і його відповідність цілям, передбаченим у п. 1 ст. 5 Конвенції. У випадку, якщо національне законодавство щодо обмеження свободи не відповідає ЄКПЛ, засноване на ньому позбавлення свободи буде формально законним, але неправомірним, тобто свавільним, несумісним із вимогами Конвенції (див. також п. 27 [1]).

Поняття «сваволя» у контексті ст. 5 певним чином варіюється залежно від типу позбавлення свободи. Один із загальних принципів, сформульованих у прецедентному праві Суду, передбачає, що тримання під вартою буде свавільним, якщо, незважаючи на дотримання букви національного законодавства, мав місце елемент несумлінності або обману з боку органів влади, або якщо вони не намагалися застосувати відповідний закон належним чином.

Крім того, вимога про те, щоб тримання під вартою не було свавільним, передбачає дотримання пропорційності між підставами для позбавлення свободи та фактично застосованим позбавленням свободи. Масштаби перевірки на пропорційність, яка повинна проводитися у конкретній справі, також варіюються залежно від типу позбавлення волі.

Закон. Про неприпустимість вузького підходу до інтерпретації поняття «закон» у контексті п. 1 ст. 5 Конвенції вже йшлося. Це поняття Суд тлумачить достатньо широко, не зводячи його до нормативного акта, який у національній правовій системі має назву «закон».

Більше того, означеним поняттям може охоплюватися не лише нормативний акт. Так, у справах «Ювіг проти Франції» (п. 28) [7] і «Круслен проти Франції» (п. 29) [8], в яких відповідачем була держава з системи континентального права, ЄСПЛ звернув увагу на те, що він «завжди розумів і розуміє термін “закон” у його “сутнісному”, а не “формальному” змісті. Він включає як акти більш низького рівня, ніж

закон, так і неписане право. <...> було би неправильно перебільшувати відмінності між країнами загального та континентального права <...>. Статутне право значиме й у країнах загального права. І навпаки, судова практика традиційно відіграє настільки істотну роль у континентальних країнах, що цілі напрями позитивного права значною мірою є її результатом. Безумовно, Суд неодноразово враховував це <...>. Якби Суд не брав до уваги судову практику, то тим самим він підірвав би правову систему континентальних держав майже так само, як рішення у справі “Санді Таймс” від 26 квітня 1979 р. <...> “потрясло би до коренів” правову систему Сполученого Королівства, якби Суд виключив загальне право з поняття “закон у сенсі Конвенції”. У сфері дії писаного права “законом” є чинний правовий акт, витлумачений компетентними судовими органами, якщо необхідно, у світлі будь-яких нових практичних обставин». Тим самим, як стверджує С. Трехсель, Суд визнав, що «усталене прецедентне право» може також розглядатись як закон [5, 122].

Зазначене підтверджує той факт, що термін «закон» у практиці Суду має більш широке значення, ніж його загальнотеоретичне розуміння. Він стосується не тільки законодавчих актів вищої юридичної сили, а й міжнародних договорів держави, якщо вони визнаються частиною національного законодавства, підзаконних нормативних актів і навіть стійкої судової практики, якщо така є обов’язковою для застосування.

Якість закону. Як зазначалося, здійснення обмеження свободи відповідно до національного законодавства є основним, але не завжди вирішальним чинником для визначення того, чи відповідає таке обмеження принципу законності. Суд повинен, крім того, бути задоволений тим, що обмеження свободи людини було сумісним з метою п. 1 ст. 5 Конвенції, аби запобігти сва-

вільному позбавленню людей свободи. Крім того, ЄСПЛ повинен встановити, чи відповідає саме законодавство положенням Конвенції, включаючи загальні принципи, що виражені в ній або які мають на увазі.

Для встановлення відповідності національного законодавства зобов’язанням держави за ЄКПЛ Суд застосовує розроблену в його практиці концепцію якості закону. Вона стосується не тільки ст. 5, а й інших статей і протоколів, відповідність яким національного законодавства, що обмежує конвенційні права та свободи, потрібно перевірити.

Суть концепції якості закону полягає у тому, що правовий припис має бути сформульований, визначений із достатньою чіткістю, що дає людині можливість регулювати її поведінку. Особа повинна мати можливість (користуючись, якщо потрібно, відповідною правничою допомогою) розумною мірою передбачити у конкретній ситуації, які наслідки може мати той чи інший її вчинок з огляду на цей припис. У протилежному випадку останній у розумінні Суду не вважатиметься законом, навіть якщо він закріплений в акті парламенту з назвою «закон».

Наприклад, практика тримання особи під вартою на підставі обвинувального висновку без будь-яких конкретних підстав, передбачених національним законодавством або правозастосовною практикою, є порушенням п. 1 ст. 5 Конвенції («*Барановський проти Польщі*», пункти 50–58 [9]). Так само практика автоматичного продовження попереднього ув’язнення без будь-яких законних підстав суперечить вказаному пункту (п. 23 [1]) («*Свінста проти Латвії*», п. 86 [10]).

Порушення принципу законності може бути встановлене, наприклад, у зв’язку з тим, що відповідне національне законодавство не було чітким і узгодженим та не відповідає вимозі якості закону, наслідком чого стало

його суперечливе застосування судами, або ж судами у випадку зазначеного протиріччя не був застосований підхід, більш сприятливий для людини.

Ілюстрацією застосування концепції якості закону у зв'язку з дією міжнародних договорів може бути рішення Суду у справі «Солдатенко проти України» [11], в якій заявник був затриманий міліціонерами на підставі постанови про міжнародний розшук, виданої туркменською владою. У день затримання він довідався про це, а також про те, що кримінальна справа проти нього розслідується у Туркменістані, а не в Україні. Того ж дня управління міліції одержало офіційне прохання туркменської влади про тимчасовий арешт відповідно до ст. 61 Конвенції СНД про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах 1993 р. (далі — Мінська Конвенція).

Заявник перебував в ізоляторі тимчасового тримання (далі — ІТТ) без рішення суду протягом тижня після затримання. А наступним рішенням суду він був взятий під варту до закінчення процедури екстрадиції. Конкретний строк тримання під вартою суд не визначив. Тривале тримання заявника в ІТТ без рішення суду через місяць після затримання було визнане прокурором незаконним.

Уряд стверджував, що, беручи під варту заявника, українські органи влади діяли відповідно до їхніх міжнародних зобов'язань за Мінською Конвенцією, і його тримання під вартою здійснювалося з метою екстрадиції.

Заявник доводив, що Мінська Конвенція не передбачає процедури тримання під вартою з метою екстрадиції та немає відповідного національного закону, на підставі якого може здійснюватися таке тримання.

Тому Суд вважав за необхідне «з'ясувати, чи відповідає “національний закон” Конвенції, включаючи загальні принципи, які сформульовані

у ній або впливають з неї. Стосовно цих принципів Суд наголошує, що, коли йдеться про позбавлення свободи, надзвичайно важливою умовою є забезпечення відповідності такого позбавлення загальному принципу юридичної визначеності. Встановлюючи, що будь-яке позбавлення свободи має здійснюватися “відповідно до процедури, встановленої законом”, пункт 1 статті 5 не просто відсилає до національного закону; як і словосполучення “згідно із законом” і “встановлені законом” у пункті другого статей 8–11, він також стосується “якості закону”, вимагаючи від закону відповідності принципів верховенства права — поняттю, яким пронизані всі статті Конвенції. У цьому сенсі “якість закону” означає, що у випадку, коли національний закон передбачає можливість позбавлення свободи, такий закон має бути достатньо доступним, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для того, щоб виключити будь-який ризик свавілля». У справі «Насруллоєв проти Росії» (заява № 656/06, пункти 72–77) «Суд встановив, що глава КПК про екстрадицію особи для кримінального переслідування або виконання вироку не передбачала спеціальної процедури затримання і тримання під вартою з метою екстрадиції, однак відсилає до процедур затримання та тримання під вартою як запобіжних заходів на досудовому слідстві. Ця глава створила плутанину в її застосуванні національними органами. Суд дійшов висновку, що ці положення російського закону, які зумовлювали позбавлення свободи з метою екстрадиції, не були ні точними, ні передбачуваними для їх застосування та не дотягували до стандарту “якості закону”, необхідного за Конвенцією» (пункти 107, 111) [11].

Тому у справі п. Солдатенка Суд, погодившись з урядом у тому, що Мінська Конвенція є частиною національного законодавства, проте не передбачає для держави процедури

позбавлення свободи з метою екстрадиції, встановив, що акти власне українського законодавства не передбачали процедуру, яка була достатньо доступною, точною і передбачуваною у своєму застосуванні, щоб уникнути небезпеки свавільного тримання під вартою в очікуванні екстрадиції (пункти 112, 114) [11].

Таким чином, інтерпретація Судом понять «закон» та «законність» у комбінації з його тлумаченням поняття «сваволя» передбачають змістовне наповнення принципу правової визначеності (*legal certainty*) як одного з основних складових верховенства права. Саме ця визначеність є вихідною для оцінки якості закону як ключового інструмента регулювання суспільних відносин, пов'язаних з обмеженням прав і свобод людини та, зокрема, прав, гарантованих ст. 5 Конвенції.

Судове рішення, засноване на законі. Наявність судового рішення про обмеження свободи може бути підставою для оцінки цього обмеження як законного, а скасування зазначеного рішення в апеляційному або касаційному порядку не тягне автоматичне визнання незаконності обмеження свободи, застосованого на підставі цього рішення (п. 29) [1].

Наприклад, у справі «Худойоров проти Росії» [12] суд за клопотанням прокурора продовжив строк тримання заявника під вартою, а Верховний суд Російської Федерації (далі – РФ) скасував це рішення через істотні порушення кримінально-процесуального законодавства та повернув на новий розгляд питання про тримання під вартою. Після цього обласний суд знову виніс постанову про тримання заявника під вартою.

Тому Суд зосередив увагу на тому, чи було законним і чи відповідало порядку, встановленому законом, тримання під вартою заявника у період після продовження обласним судом строку його тримання під вартою і аж

до скасування цього рішення Верховним судом РФ.

ЄСПЛ нагадав, що період тримання під вартою є законним, якщо особа тримається під вартою на підставі постанови суду. Наступний висновок про те, що суд неправильно застосував національне законодавство при винесенні постанови, не обов'язково ретроспективно торкається правомірності відповідного періоду тримання під вартою. Через це конвенційні органи у своїй практиці періодично відмовлялися підтримати скарги осіб, засуджених за вчинення злочинів, які скаржилися на те, що апеляційні суди визнали їх вироки або покарання заснованими на фактичних або правових помилках (п. 128) [12].

У справі п. Худойорова Суд вказав, що «факт скасування постанови про продовження строку тримання під вартою заявника у касаційному порядку сам по собі не стосувався законності тримання під вартою у попередній період. Для оцінки дотримання п. 1 ст. 5 Конвенції необхідно провести докорінне розмежування між постановами про тримання під вартою, які не мають законної сили *ex facie* (наприклад, винесені судом з перевищенням його юрисдикції, або коли зацікавлена сторона не була належним чином сповіщена про судові засідання), і постановами про тримання під вартою, що мають законну силу *prima facie* та діють, якщо тільки і поки вони не будуть скасовані вищим судом» (п. 129) [12].

Суд звернув увагу на те, що відповідно до законодавства національний суд мав право розглядати клопотання прокурора про продовження строку тримання заявника під вартою та продовжити такий строк у межах шести місяців до закінчення вивчення заявником матеріалів справи і скерування справи до суду. Крім того, заявник не стверджував, що обласний суд перевищив свої повноваження.

Суд встановив, що тримання заявника під вартою на підставі постанови

обласного суду, скасованої у подальшому Верховним судом РФ, не можна визнати свавільним, тому що національний суд вказав підстави для продовження строку тримання під вартою (достатність і відносність цих підстав розглядаються у контексті п. 3 ст. 5 Конвенції). Тому немає причин вважати, що, виносячи постанову про продовження строку тримання під вартою, обласний суд діяв недобросовісно або знехтував можливістю правильно застосувати відповідне законодавство. Той факт, що суд касаційної інстанції виявив деякі процесуальні недоліки, сам по собі не означає, що тримання під вартою було незаконним у розумінні п. 1 ст. 5 ЄКПЛ (пункти 131–132) [12].

У тих же випадках, якщо обмеження свободи взагалі не засноване на судовому рішенні, або у ньому відсутня пряма вказівка на обмеження свободи, або відсутня вказівка на строк такого обмеження, то будь-який період цього обмеження вважається незаконним, крім випадків первинного короткочасного затримання людини органом виконавчої влади.

Наприклад, у справі *«Белевицький проти Росії»* у постанові суду першої інстанції не був визначений строк, на який продовжувалося тримання заявника під вартою, а також були відсутні посилання на відповідні положення закону, на яких ґрунтувалася ця постанова. Вказане залишило заявника у ситуації невизначеності щодо правових підстав для тримання його під вартою після винесення такої постанови. Тому Суд вважав, що остання не надала заявникові адекватний захист від сваволі, який є істотним елементом законності тримання під вартою за змістом п. 1 ст. 5 Конвенції (пункти 89, 92) [13].

У справі *«Кац і інші проти України»* [14] донька заявників, яка була заражена ВІЛ, мала наркотичну залежність і перебувала на обліку як шизофренік, померла під вартою через кілька днів після того, як була винесена постанова

слідчого про її звільнення, але до фактичного виконання цієї постанови слідчим ізолятором. Заявники скаржилися на те, що тримання їх доньки під вартою у цей період було незаконним.

Суд нагадав, що законність тримання під вартою відповідно до національного закону не завжди є вирішальною для встановлення відповідності п. 1 ст. 5 Конвенції. Проте рішення про звільнення доньки заявників не було виконане негайно, як того вимагало національне законодавство. З огляду на це ЄСПЛ визнав, що тримання її під вартою після винесення постанови про звільнення з-під варти не було законним, як того вимагає п. 1 ст. 5 ЄКПЛ (пункти 138–142) [14].

Окрема практика Суду склалася щодо тримання під вартою осіб без рішення суду у період між закінченням досудового розслідування та початком судового розгляду. ЄСПЛ неодноразово встановлював, що практика тримання обвинувачуваних під вартою без конкретної правової основи або без чітких правил, що регулюють їхнє становище, внаслідок чого вони можуть бути позбавлені волі на невизначений строк без судової санкції, несумісна з принципами правової визначеності, захисту від свавілля та верховенства права (див., наприклад: *«Белевицький проти Росії»* (пункти 86–93) [13]; *«Харченко проти України»* (пункти 70–72) [15]).

У справі *«Чанев проти України»* [16], яка відрізняється від аналогічних за фабулою справ тим, що процесуальні дії щодо заявника вчинилися на підставі нового Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК України), Суд, зазначивши, що новий кодекс був призначений, з-поміж іншого, усунути законодавчі недоліки, що лежали в основі поточних порушень ст. 5 Конвенції, вирішив розглянути скарги заявника більш докладно.

Заявник скаржився на те, що більше місяця він утримувався під вартою без

якого-небудь рішення суду, пенітенціарні органи відмовлялися звільнити його, а прокуратура та суд не відреагували на це. На думку заявника, факт передання справи до суду не міг виправдати його тримання під вартою без судового рішення. Він вважав, що пенітенціарні органи були зобов'язані звільнити його, коли минув термін тримання під вартою, передбачений у рішенні суду.

Уряд, зокрема, відзначив, що суд під час попереднього слухання справи ретроспективно розглянув законність тримання заявника під вартою після спливу терміну, визначеного судом раніше, та виявив, що не було ніяких підстав для звільнення заявника.

Після передання справи заявника до суду, уповноваженого обрати запобіжний захід для обвинувачуваного, суд впродовж тривалого часу не ухвалював жодного рішення про продовження тримання заявника під вартою. Він залишався під вартою, незважаючи на те, що згідно з КПК України ухвала про застосування запобіжного заходу припиняє свою дію після закінчення строку дії ухвали про обрання запобіжного заходу.

Усі скарги заявника на незаконність його досудового тримання під вартою без судового рішення та його прохання про звільнення були відхилені на тій підставі, що тримання під вартою відповідає закону. Зокрема, слідчий суддя відхилив його скаргу, заявивши, що в суду першої інстанції було два місяці, щоб ухвалити рішення щодо його подальшого тримання під вартою. Таким чином, органи влади вважали, що не було ніякого порушення права заявника на свободу, незважаючи на очевидний факт, що він тримався під вартою в зазначений вище період без судового рішення. Більше того, вони посилалися на приписи КПК України, які уможлилювали таку ситуацію.

Суд зі стурбованістю зазначив, що новий КПК України не регулює ясно та

чітко питання тримання обвинувачуваного під вартою між завершенням досудового розслідування та початком судового процесу, надаючи суду першої інстанції два місяці, щоб вирішити, чи необхідне подальше тримання під вартою обвинувачуваного, навіть якщо попередній строк тримання під вартою, ухвалений слідчим суддею, вже минув.

Викладені міркування виявилися достатніми для того, щоб Суд дійшов висновку, що чинна в Україні законодавча база дозволяє тримання під вартою обвинувачуваного без судового рішення на строк до двох місяців, і що застосування цих приписів до заявника порушило п. 1 ст. 5 Конвенції (пункти 27–31) [16].

Оцінка обмежень права на фізичну свободу як таких, що відповідають ст. 5 Конвенції, неможлива без звернення до інтерпретації ЄСПЛ понять «законність» і «закон». З огляду на цілі та сферу дії Конвенції розуміння цих понять Судом — нетотожне їхньому розумінню у загальнотеоретичній юридичній науці. Вказане, однак, не означає, що Суд вносить певну невизначеність у правничу термінологію, зокрема, включаючи в обсяг конвенційного поняття «закон» судову практику, як і навряд чи може означати те, що тлумачення понять «законність» і «закон» у вітчизняній загальній теорії права потребують, так би мовити, радикального оновлення з огляду на практику ЄСПЛ.

З одного боку, здійснюючи тлумачення вказаних понять для застосування Конвенції при вирішенні конкретних справ і начебто протиставляючи свою — «сутнісну» — їх інтерпретацію тій, що названа ним «формальною» та поширена на національному рівні, не формулює дефініцій для національних правових систем, а лише вказує на те, яким чином розуміти відповідну термінологію ЄСПЛ.

З другого боку, незалежно від того, чи йдеться про національний закон у

вузькому, чи в широкому розумінні, Суд, характеризуючи це поняття, не оминає такої його властивості, як належна якість, тобто доступність, чіткість приписів закону, прогнозованість наслідків їх дії. Вочевидь, ця юридико-технічна властивість має бути характерною для всіх нормативних актів держави, зокрема і тих, які регулюють

відносини у сфері фізичної свободи людини. Проте, на жаль, відсутність належної регламентації в Україні нормопроектувальної діяльності, як і низка інших, «неюридичних» чинників, не завжди дозволяють стверджувати про якість нормативних актів, особливо з погляду передбачуваності їх наслідків для адресатів.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Посібник* зі статті 5 «Право на свободу та особисту недоторканність». — 2012. — 43 с.
2. *Рабинович П. М.* Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. — Вид. 10-те, доповн. — Л., 2008. — 224 с.
3. *Теорія держави і права* : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін. ; за ред. О. В. Петришина. — Х., 2014. — 368 с.
4. *Загальна теорія права* : підруч. / за заг. ред. М. І. Козюбри. — К., 2015. — 392 с.
5. *Трехсель С.* Стаття 5 Європейської конвенції з прав людини // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О. Л. Жуковської. — К., 2004. — С. 119–162.
6. *Зайцев Ю.* Поняття закон та законність: бачення Європейського суду з прав людини // Європейський суд з прав людини. Базові матеріали. Застосування практики. — К., 2003. — С. 482–485.
7. *Judgement in the Case of «Huvig v. France»* (Application no. 11105/84), 24.04.1990 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57627>.
8. *Judgement in the Case of «Kruslin v. France»* (Application no. 11801/85), 24.04.1990 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57626>.
9. *Judgement in the Case of «Baranowski v. Poland»* (Application no. 28358/95), 28.03.2000 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58525>.
10. *Arrêt en l'affaire «Svipsta c. Lettonie»* (Requête no. 66820/01), 09.06.2006 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72747>.
11. *Judgement in the Case of «Soldatenko v. Ukraine»* (Application no. 2440/07), 23.10.2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89161>.
12. *Judgement in the Case of «Khudoyorov v. Russia»* (Application no. 6847/02), 08.11.2005 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70865>.
13. *Judgement in the Case of «Belevitskiy v. Russia»* (Application no. 72967/01), 01.03.2007 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79648>.
14. *Judgement in the Case of «Kats and Others v. Ukraine»* (Application no. 29971/04), 18.12.2008 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90362>.
15. *Judgement in the Case of «Kharchenko v. Ukraine»* (Application no. 40107/02), 10.02.2011 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103260>.
16. *Judgement in the Case of «Chanyev v. Ukraine»* (Application no. 46193/13), 09.10.2014 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146778>.

REFERENCES

1. Posibnyk zi statii 5 «Pravo na svobodu ta osobystu nedotorkannist» [Guide to article 5 «Right to the Freedom and security of person»], 2012, 43 p.
2. Rabinovych P. M. Osnovy zahalnoi teorii prava ta derzhavy [Bases of the general theory of the law and state], Lviv, 2008, 224 p.
3. Teoriia derzhavy i prava [Theory of state and law], Kharkiv, 2014, 368 p.
4. Zahalna teoriia prava [General theory of state and law], Kyiv, 2015, 392 p.
5. Trekhseel S. Stattia 5 Ievropeiskoi konventsii z prav liudyny [Article 5 of the European convention on human rights], *Ievropeiska konventsiiia z prav liudyny: osnovni polozhennia, praktyka zastosuvannia, ukraïnskyi kontekst*, Kyiv, 2004, pp. 119–162.
6. Zaitsev Iu. Poniattia zakon ta zakonnist: bachennia Ievropeiskoho sudu z prav liudyny [Concept law and legality: vision of the European Court of Human Rights], *Ievropeiskyi sud z prav liudyny. Bazovi materialy. Zastosuvannia praktyky*, Kyiv, 2003, pp. 482–485.
7. *Judgement in the Case of «Huvig v. France»* (Application no. 11105/84), 24.04.1990. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57627>.
8. *Judgement in the Case of «Kruslin v. France»* (Application no. 11801/85), 24.04.1990. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57626>.

9. Judgement in the Case of «Baranowski v. Poland» (Application no. 28358/95), 28.03.2000. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58525>.
10. Arrêt en l'affaire «Svipsta c. Lettonie» (Requête no 66820/01), 09.06.2006. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72747>.
11. Judgement in the Case of «Soldatenko v. Ukraine» (Application no. 2440/07), 23.10.2008. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-89161>.
12. Judgement in the Case of «Khudoyorov v. Russia» (Application no. 6847/02), 08.11.2005. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70865>.
13. Judgement in the Case of «Belevitskiy v. Russia» (Application no. 72967/01), 01.03.2007. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79648>.
14. Judgement in the Case of «Kats and Others v. Ukraine» (Application no. 29971/04), 18.12.2008. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90362>.
15. Judgement in the Case of «Kharchenko v. Ukraine» (Application no. 40107/02), 10.02.2011. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103260>.
16. Judgement in the Case of «Chanyev v. Ukraine» (Application no. 46193/13), 09.10.2014. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146778>.

Гудима Д. А. Законність обмеження права на свободу й особисту недоторканність у практиці Страсбурзького суду

Анотація. У статті з'ясовано зміст принципу законності обмеження права на свободу й особисту недоторканність в його інтерпретації Європейським судом з прав людини. Розглянуто ознаки закону та законності для цілей ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Аргументовано, що законність обмеження свободи передбачає відсутність сваволі у діях агентів держави, які здійснюють таке обмеження, і його відповідність цілям, передбаченим у п. 1 ст. 5 Конвенції. Встановлено, що поняття «закон» у практиці Суду охоплює не лише нормативні акти вищої юридичної сили, а й підзаконні нормативні акти, міжнародні договори, що є частиною системи джерел права держави, та усталену судову практику. Звернуто увагу на таку властивість закону, як його якість, концепція якої застосовується Судом для виявлення відповідності національного законодавства зобов'язанням держави за Конвенцією.

Ключові слова: законність, закон, якість закону, фізична свобода, ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини.

Гудыма Д. А. Законность ограничения права на свободу и личную неприкосновенность в практике Страсбургского суда

Аннотация. В статье определено содержание принципа законности ограничения права на свободу и личную неприкосновенность в его интерпретации Европейским судом по правам человека. Рассмотрено признаки закона и законности для целей ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод. Обосновано, что законность ограничения свободы предполагает отсутствие произвола в действиях агентов государства, осуществляющих такое ограничение, и его соответствие целям, предусмотренным в п. 1 ст. 5 Конвенции. Установлено, что термином «закон» в практике Суда охватываются не только нормативные акты высшей юридической силы, но и подзаконные нормативные акты, международные договоры, являющиеся частью системы источников права государства, и сложившаяся судебная практика. Обращено внимание на такое свойство закона, как его качество, концепция которого применяется Судом для выявления соответствия национального законодательства обязательствам государства по Конвенции.

Ключевые слова: законность, закон, качество закона, физическая свобода, ст. 5 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека.

Hudyma D. Lawfulness of the Restrictions of the Right to Liberty and Security in Practice of Strasbourg Court

Annotation. The content of the principle of lawfulness of the restrictions of the right to liberty and security in its interpretation of the European Court of Human Rights is found out in this article. For this purpose a number of judgments in cases concerning the application of the Article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms were used.

The correlation between the Conventional and national guarantees of the right to physical liberty is determined. It is drawn attention to positive obligations of the state according to the Article 5 of the Convention.

It is noted that the interpretation of the Conventional concepts such as «lawfulness» and «law» can differ in some cases of the Court from their widespread understanding in the general theory of law.

The formal and «essential» approaches to understanding of the concept of law in the Court case-law are compared. It is established that the term «law», used in the Court practice, covers regulations of higher legal force as well as subordinate legislation, international treaties that are the part of the sources of the national law, and well-established court jurisprudence.

It is found that implementation of the restrictions on liberty in accordance with national law is essential, but not always the deciding factor in determining, whether such a restriction complies with the principle of lawfulness. It is explained that the lawfulness of restricting liberty implies the absence of arbitrariness in the actions of state agents, who carry out such a restriction, and its consistency with the objectives laid down in the Art. 5(1) of the Convention.

Attention is paid to such attribute of law as its quality, a concept of which is used by the Court to identify the compliance of national law with obligations of the state under the Convention.

Key words: lawfulness, law, quality of law, physical liberty, Article 5 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights.

ЗАХИСТ ПРАВА НА ПРИВАТНІСТЬ: ДИНАМІКА СВІТОГЛЯДНО-МЕТОДОЛОГІЧНИХ ОСНОВ (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини)



О. ПАНКЕВИЧ
кандидат юридичних наук,
доцент кафедри
адміністративно-правових дисциплін
(Львівський державний університет
внутрішніх справ)

Минає десятий рік відтоді, як Верховна Рада України ратифікувала Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція). Цей знаменний факт спричинив виникнення не лише комплексу відповідних міжнародних правовідносин за участю нашої держави, а й внутрішньодержавних правовідносин, пов'язаних із дією Конвенції як невід'ємної частини національного законодавства відповідно до ст. 9 Конституції України. Окрім того, ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» прямо проголосила Конвенцію і практику Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ, Суд) джерелом права [1].

Зважаючи на те, що право, розроблене Судом на основі положень Конвенції, «все більше і більше набуває характеру справжнього *jus cogens* (загального права) у царині прав людини» [2, 12], актуальність досліджень практики ЄСПЛ видається безсумнівною. У цій публікації зосередимо увагу на деяких, з нашої точки зору, особливо цікавих та

показових його рішеннях у справах щодо скарг на порушення державами положень ст. 8 Конвенції. У такому контексті актуальність обраної теми статті додатково обумовлена ще й тим, що у наш час — час надшвидкого розвитку найновіших технологій — право на приватність («серцевину» якого є питання, пов'язані зі здобуттям, зберіганням і поширенням інформації про особу; з тією мірою, з якою людина може контролювати доступ інших людей та державних органів до цієї інформації, і з можливістю для індивіда зберегти свою анонімність) особливо часто піддається загрозам його порушення.

Питання тлумачення та забезпечення означеного права (зміст якого охоплює повагу до приватного та сімейного життя людини), у тому числі у рішеннях Суду, досліджували такі вітчизняні та іноземні дослідники, як Н. Беляєва, Д. Гудима, Т. Дудаш, І. Михайленко, С. Мішуровська, Б. Неделек, С. Погребняк, П. Рабінович, С. Рабінович, М. де Сальвія, В. Серьогін, Т. Фулей, Г. Христова, Ж. Чевичалова, С. Шевчук та ін. Проте, зважаючи на складність

і багатогранність таких проблем, доводиться констатувати нагальну потребу у подальших наукових розвідках з цієї проблематики.

Відтак метою статті є загальнотеоретичний та філософсько-правовий аналіз практики ЄСПЛ щодо захисту права людини на приватність (зокрема в аспекті його відмінностей між комунітаристськими, лібералістичними та потестарними інтерпретаціями).

На наше переконання, було б доволі необачним (а подекуди і просто шкідливим — як для юристів-практиків, так і для дослідників-теоретиків) залишати поза увагою ту обставину, що рецепти вирішення будь-яких складних правових проблем мають певне філософське підґрунтя, інколи не зовсім усвідомлюване навіть самими суб'єктами права. Не є винятком і практика ЄСПЛ, у тому числі щодо захисту права на приватність: його рішення значною мірою детерміновані свідомою чи несвідомою прихильністю суддів ЄСПЛ до тієї чи іншої філософської позиції, їхніми світоглядно-етичними переконаннями й підходами.

Конвенція — стрижневий акт європейської правозахисної системи — формує у ст. 8 право на приватність таким чином: «1. Кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. 2. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб» [3].

Наголосимо, що процитована стаття є черговою ілюстрацією, наочним прикладом поширеного у міжнародно-правових актах та в більшості сучасних конституцій [4, 164] певного конфлікту

між ліберальним закріпленням прав людини (ч. 1 ст. 8) і вимушеним обмеженням їхньої реалізації з підстав, що здебільшого мають так чи інакше певний комунітаристський смисловий відтінок (ч. 2).

Узагальнюючи відповідну практику ЄСПЛ, С. Шевчук виокремлює чотири основні складові права на повагу до приватного життя: інформаційна (включає в себе такі аспекти, як поширення відомостей про особу, збір та обробка персональних даних); фізична (захист фізичної недоторканності особи); комунікативна (безпека та приватність листування, електронної пошти, телефонних розмов та інших видів приватних комунікацій); просторова (охоплює поняття дому, робочого місця, тобто безпосереднього середовища особи) [5, 362]. При цьому, за дотепним висловом Д. Янга, «приватне життя, як слон — воно швидше впізнається, ніж описується» [5, 359].

У своїй практиці ЄСПЛ також не сформулював відповідної дефініції, обмежившись лише зауваженням про те, що «“приватне життя” є дуже широким поняттям, яке не має вичерпного визначення» (див. його рішення у справах «Пек проти Сполученого Королівства», п. 57; «Смірнови проти Російської Федерації», п. 95) [6], а отже, «Суд не вважає за можливе і необхідне дати вичерпне визначення поняттю “приватне життя”» («Німіцт проти Німеччини», п. 29) [7]. Окрім цього, важливо, що у низці справ Суд об'єднав теоретично відмінні одне від одного поняття «приватне життя» і «сімейне життя», створивши нову, не передбачену Конвенцією категорію (або, за висловом Б. Неделека, «преторіанське поняття») «приватне і сімейне життя» [8, 347].

Стосовно поняття «повага» ЄСПЛ наголосив, що останнє теж «визначено нечітко: зважаючи на різноманітність причин і ситуацій, що виникають у Договірних державах, вимоги до цього

поняття будуть постійно і суттєво змінюватись» (п. 67 рішення у справі від 28 травня 1985 р. «Абдулазіз, Кабалес і Балкандалі проти Сполученого Королівства») [9].

Проте у практиці Суду вирізняються, як зазначається у літературі, два магістральні напрями: 1) «право на повагу» як обов'язок невтручання держави у приватну сферу громадян; 2) «право на повагу», що передбачає обов'язок активних дій з боку держави [8, 348–349].

Вже у своєму першому рішенні у справі за ст. 8 Конвенції від 23 липня 1968 р. ЄСПЛ зазначив, що норма, яка міститься у п. 1 цієї статті, «має за мету захист особи від свавільного втручання зі сторони державних органів у приватне і сімейне життя» (*Aff. Linguistique belge*, р. 33) [2, 529]. Це принципове положення звучить рефреном практично в усіх подальших справах за відповідною статтею (пор.: *Marckx*, 31; *Gul*, 38 та ін.) і водночас цілковито узгоджується з постулатами класичного лібералізму (а також лібертаризму «як політичної філософії, що послідовно втілює ідеї класичного лібералізму, розглядаючи ліберальні аргументи і доходючи висновку, що слід жорсткіше обмежити роль уряду та захищати індивідуальну свободу кожного повніше, ніж це робить класичний лібералізм» [10, 41]).

Зокрема, на думку В. Гумбольдта, «гідне осуду будь-яке намагання держави втручатись у приватні справи громадян, якщо таке втручання не є прямим наслідком порушення прав індивіда діями інших індивідів» [11, 649]. Л. Мізес наголошував, що «з точки зору ліберала, завдання держави полягає єдино і виключно у забезпеченні захисту життя, здоров'я, свободи і приватної власності від насильницьких зазіхань. Все, що йде далі цього, є злом. Отже, досить тільки відмовитись від принципу, за яким держава не повинна втручатись у будь-які питання, що тор-

каються індивідуального способу життя, як ми врешті-решт прийдемо аж до його регулювання і обмеження у найменших деталях. Особисту свободу індивіда скасовано. Він стане рабом спільноти, змушеним підкорятися диктату більшості» [12, 11].

З часом у поглядах Суду відбувається еволюція від прихильності до «мінімальної держави» («*laisser-faire*») з її, так би мовити, «негативним» обов'язком невтручання, до визнання позитивних обов'язків держави щодо реалізації прав, гарантованих ст. 8 Конвенції: «Основна мета ст. 8 полягає у захисті окремої особи від свавільного втручання державної влади; вона встановлює певні позитивні обов'язки, покликані забезпечити “повагу” сімейного життя. Однак межі між позитивними та негативними зобов'язаннями, які випливають з цієї статті, важко точно визначити. В обох випадках — і в цьому вони подібні — потрібен справедливий баланс між конкуруючими інтересами окремої особи, з одного боку, і суспільства — з другого, і в обох контекстах Держава має певну свободу розсуду» (*Keegan*, 49; той самий принцип, *Hokkanen*, 55; *Kroon et al.*, 31; *Stjerna*, 38; *Ahmut*, 63) [2, 562], при цьому пошук цього балансу визнається Судом «метою усієї Конвенції» (рішення у справі «*Piz проти Сполученого Королівства*»).

З точки зору визначення філософсько-правового підґрунтя поглядів суддів ЄСПЛ важливим є наголос на положенні про необхідність встановлення «справедливого балансу між конкуруючими інтересами окремої особи і суспільства». Пряме визнання у принципі «справедливого балансу» значущості інтересів спільноти дає підстави не тільки стверджувати про співзвучність підходів Суду із постулатами ліберального комунітаризму [13], а й припускати також їх своєрідне втілення в юридичній практиці. Водночас видається, що представники держави-відповідача часто демонструють відда-

ність суттєво відмінному як від кантанського лібералізму, так і від ліберального комунітаризму потестарному підходу, фактично ототожнюючи при інтерпретації наведеної формули Суду інтереси суспільства з інтересами держави — організації, яка, на думку деяких представників соціальної етики (Ж. Марітен, П. де Лобьє), слугуючи спільному благу суспільства, має розглядатись як така, що позбавлена власного «спільного блага» [14, 158–159].

У рішенні у справі «*Беррехаб проти Нідерландів*» (1988 р.) ЄСПЛ наголосив: «З поняття сім'ї, на якому ґрунтується ст. 8, випливає, що дитина, народжена від подібного союзу, є *ipso jure* його учасником. Отже, з моменту народження дитини і в силу самого цього факту між дитиною та її батьками виникають відносини, які підпадають під поняття “сімейне життя”, навіть якщо батьки не живуть разом» [15]. Виходячи з конкретних обставин, Суд вважає, що не було досягнуто належного балансу між інтересами сторін і що з цієї причини була відсутня відповідність між застосованими владою заходами (депортація заявника з країни, яка спричинила загрозу розриву його відносин із донькою) і переслідуваною правомірною метою (збереження економічного добробуту країни). Внаслідок цього Суд не може визнати дії влади необхідними в демократичному суспільстві. Таким чином, ЄСПЛ доходить висновку, що мало місце порушення ст. 8. Отже, можна констатувати перемогу ліберального підходу. Але у цій справі видається цікавою особлива думка судді Т. Вільямсона, який вважає, що «незважаючи на їхні стосунки, які мали характер сімейного життя, <...> оскільки в розглянутий період часу заявники не жили разом і батьки дитини не перебували в шлюбі, права першого заявника (депортованого батька. — О. П.) не переважають *інтереси держави-від-*

*повідача*¹, визнані за державою п. 2 ст. 8» [15]. Виділені нами слова ілюструють, що й окремі судді ЄСПЛ ототожнюють інтереси суспільства і держави.

Важливим є концептуальне зауваження Суду про те, що «Конвенція повинна завжди тлумачитися у світлі актуальних умов <...>. Отже, необхідність у відповідних юридичних заходах повинна породити постійне дослідження, зокрема, еволюції (розвитку) *суспільної свідомості*» (Rees, 47; див. також Cossey, 40) [2, 539]. Ця позиція, на наше переконання, не позбавлена, принаймні опосередковано, комунітаристського підґрунтя: «Сутність комунітаризму полягає в тому, що він особливе, первинне значення надає не автономії і суверенітету індивіда, а тій видатній ролі, котру в його життєдіяльності відіграє соціум і конкретно-історичний суспільний контекст. Інакше кажучи, пальма першості віддається тут не соціальному “атому” <...>, а соціальному цілому, яке є необхідною передумовою і запорукою досягнень кожної людини, її самореалізації та самоствердження» [16, 254].

Смисловий зв'язок поглядів суддів ЄСПЛ із комунітаристськими ідеями вбачаємо і в рішенні у справі «Чемпен проти Сполученого Королівства» [17], в якому Суд визнав «володіння заявницею будинком-фургоном *невід'ємною частиною її етнічної самобутності як циганки, що відображає давню традицію цієї меншини, котра впливає із мандрівного способу життя*. <...> Заходи, що стосуються розміщення будинку-фургона заявниці, мають, таким чином, більш широкий вплив на права, ніж вплив на право на повагу житла. Вони також зачіпають її здатність підтримувати її самобутність як циганки, а також вести її особисте і сімейне життя відповідно до цієї традиції (п. 73). <...> Суд зазначає, що серед держав — членів Ради Європи

¹ Тут і далі всі виділення по тексту зроблені автором статті.

з'являється тенденція визнання спеціальних потреб меншин і зобов'язань щодо захисту їх безпеки, самобутності і способу життя (див. зокрема, Рамкову конвенцію про захист національних меншин) *не тільки з метою охорони інтересів самих меншин, а й з метою збереження культурної різноманітності, значущої для всього суспільства* (п. 93). Проте факт належності до меншості з традиційним способом життя, який відрізняється від способу життя більшості суспільства, не надає імунітет від загальних законів, націлених на охорону суспільних цінностей, таких як навколишнє середовище (п. 96)» [17]. Щодо цього Б. Неделек зазначає, що «суд розширив сферу застосування ст. 8, визнавши, що вона гарантує право, специфічне для меншин, а саме: право на повагу їхнього традиційного способу життя» [8, 347].

У справі «*Даджен проти Сполученого Королівства*» (1981 р.) [18] Судом був встановлений принцип, відповідно до якого важливим елементом приватної сфери особи є особиста сексуальна поведінка, яка не може бути заборонена під страхом кримінального переслідування тільки для того, аби «зберегти громадський порядок і пристойності, щоб захистити громадян від того, що шокує і ображає» [19, 115]. На наше переконання, у цьому рішенні чітко простежується вплив на суддів постулатів ліберального комунітаризму як синтезу ліберальних і комунітаристських парадигм. З одного боку, ЄСПЛ виголошує тезу, яка, зауважимо, мала б бути співчутливо сприйнята в комунітаристських колах: «Там, де в межах однієї країни проживають різні культурні спільноти громадян, державна влада може опинитися перед обличчям різних імперативів, як моральних, так і соціальних». З другого боку, вирішальним аргументом Суду є класичний ліберальний постулат, конкретизований щодо ситуації заявника: «Існуюче моральне неприйняття гомосексуалі-

му в Північній Ірландії, а також заклопотаність громадськості тим, що будь-яке послаблення закону призведе до ерозії існуючих моральних принципів, не можуть бути підставою для такого значного втручання у приватне життя заявника» [18]. Використаний ЄСПЛ принцип викликає пряму асоціацію з відомим пасажем одного з найяскравіших представників класичного лібералізму ХХ ст. Л. Мізеса: «Схильність наших сучасників вимагати владної заборони, як тільки щось їм не подобається, та їхня готовність підкорятися таким заборонам, навіть якщо те, що треба заборонити, є досить прийнятним для них, засвідчує, наскільки глибоко вкорінений у них дух рабства. <...> Вільна людина має спокійно сприймати те, що її співгромадяни чинять та живуть інакше, ніж вона вважає за належне. Вона повинна звільнитися від звички викликати поліцію, як тільки їй щось не подобається» [12, 11]. У вказаній справі ЄСПЛ вочевидь погодився із наведеною тезою класика ліберальної думки, *de facto* поклавши її до основи свого рішення.

Нарешті приділимо увагу справі «*Прітті проти Сполученого Королівства*» (2002 р.), у процесі розгляду якої було порушено важливі етичні та морально-світоглядні проблеми. Заявниця (паралізована жінка, що страждає від невиліковної дегенеративної хвороби) стверджувала, що відмова генерального прокурора Великої Британії надати їй чоловікові імунітет від притягнення до суду у випадку, якщо він допоможе їй вчинити самогубство, та заборона в національному праві надавати допомогу у вчиненні самогубства становили порушення її прав, гарантованих, зокрема, ст. 8 Конвенції.

Матеріали розгляду цієї справи у контексті нашого дослідження є дуже важливими з огляду на те, що ЄСПЛ у ній фактично підсумовує свої правові позиції, сформульовані у попередніх рішеннях щодо поняття «приватне

життя» і виокремлює основні, на його погляд, елементи цього поняття.

Зокрема, Суд зазначає, що: 1) воно охоплює фізичну та психічну цілісність людини (п. 22 рішення у справі від 26 березня 1985 р. «Х. і У. проти Нідерландів»; 2) іноді може включати в себе деякі аспекти її фізичного та соціального «я» (п. 53 рішення у справі від 7 лютого 2002 р. «Мікулич проти Хорватії»); 3) такі аспекти життя людини, як, наприклад, гендерна ідентифікація, ім'я та сексуальна орієнтація, статеве життя, є елементами її особистого життя, право на яке гарантується ст. 8 (див., наприклад, п. 63 рішення у справі від 25 березня 1992 р. «В. проти Франції»; п. 24 рішення у справі від 22 лютого 1994 р. «Бургартц проти Швейцарії»; п. 41 рішення у справі від 22 жовтня 1991 р. «Даджен проти Сполученого Королівства»; п. 36 рішення у справі від 19 лютого 1997 р. «Ласкі, Джаггард і Браун проти Сполученого Королівства»; 4) ст. 8 також гарантує право на особистий розвиток і право людини налагоджувати й розвивати стосунки з іншими людьми та зовнішнім світом (див., наприклад, доповідь Комісії у згаданому вище рішенні у справі «Бургартц проти Швейцарії», п. 47; доповідь Комісії у рішенні у справі «Фрідл проти Австрії», п. 45); 5) хоча в жодній попередній справі не встановлено, що як таке право на самовизначення міститься у ст. 8 Конвенції, Суд вважає, що поняття особистої самостійності є важливим принципом, на підставі якого тлумачаться її гарантії (п. 61) [20].

Отже, у справі «Прітті проти Сполученого Королівства» Суд вперше зробив безпосереднє посилання на поняття самостійності особи («*personal autonomy*»). Як зазначає Б. Неделек, «закріплюючи дійсне право на особисту автономність індивіда щодо держави та щодо інших, вони (європейські судді. — О. П.) ставлять його постать у центр цивілізації і підносять право на

приватне життя в ранг засадничої цінності, необхідної для *повного розквіту людини в демократичному суспільстві*» (курсив наш. — О. П.) [8, 350]. Гадаємо, що виділені нами слова відомого французького дослідника можуть претендувати на те, щоб стати формулою (квінтесенцією) ліберального комунітаризму.

Прикметно, що у рішенні з розглядуваної справи Суд, оперуючи притаманними *лібералістській* ідеології терміно-поняттями «самостійності особи», «персональної автономії», «права людини будувати своє життя в обраний нею спосіб (що може передбачати наявність у неї можливості займатися діяльністю, яка, як вважають, фізично й морально шкідлива для неї)», «вкорінене уявлення про свою особистість і своє “я”» і з розумінням ставлячись до вимог п. Прітті, все ж «встановлює, що держави мають право, за допомогою дії загальної кримінально-правової норми, здійснювати регулювання діяльності, шкідливої для життя та безпеки інших людей. Чим серйознішою є така шкода, тим більшої ваги набувають інтереси здоров'я та безпеки людей при їх пропорційному зіставленні з принципом особистої автономії» (п. 74). Отже, Суд доходить висновку, що втручання в цій справі можна виправдати як «необхідне в демократичному суспільстві» для захисту прав інших («слабких та уразливих, і особливо тих, хто неспроможний приймати свідомі рішення, супроти дій, що мають на меті припинити їхнє життя або сприяти його припиненню»). Відповідно, жодного порушення ст. 8 Конвенції допущено не було (п. 78).

На завершення наведемо фрагмент висловленої у справі «Прітті проти Сполученого Королівства» позиції Уряду Великої Британії, який, гадаємо, наочно ілюструє підставність нашої тези про прихильність (яка, зауважимо, природно виникає вже з огляду на їх владний статус і процесуальне становище) представників держави до аргументації відверто потестарного, макіа-

велліанського [21] гатунку: «Держава має право, у межах своєї свободи розсуду, визначати міру фізичної шкоди, на яку може погоджуватися особа, і тому навіть ще більш визначеним є право держави вирішувати, чи може людина дати згоду на те, щоб її вбили (п. 60)» [20]. Як видається, додаткові коментарі тут зайві.

Отже, видається, що в положеннях ст. 8 Конвенції особливо рельєфно проявляється напруга по лінії лібералізм — комунітаризм, адже за своєю природою право на приватність є, так би мовити, найбільш *лібералістичним* (тобто — гранично індивідуалістичним, особистісним) — таким, що становить концентрований, серцевинний зміст саме означеного напрямку політико-правової філософії, а в певному сенсі — також усієї системи прав людини першого покоління. Гадаємо, що ставлення до цього права може водночас бути, образно кажучи, тим лакмусовим папірцем, який виявляє «справжнього» ліберала. Опоненти цієї тези можуть запитати: а хіба інші права (у тому числі гарантовані Конвенцією: право на життя, на особисту недоторканність, на справедливий судовий розгляд тощо) не є лібералістичними? На це запитання дозволимо собі відповісти таким чином: безперечно, вони теж визнаються і відстоюються апологетами лібералізму, але щодо їх розуміння та оцінки (на відміну від права на приватність) загалом немає принципових розбіжностей і серед представників інших політико-правових течій, — комунітаріїв, соціалістів, консерваторів тощо. Окрім того, історично первинне смислове ядро права на приватність було співзвучним саме з *індивідуалізмом* (фр. — *individualisme*) як рисою світогляду, що характеризується самопротиставленням окремого індивіда колективові та суспільству [22, 280] («право бути залишеним у спокої»).

Завдяки рішенням Суду положення ст. 8 Конвенції поповнились низкою

нових смислів, що вкотре засвідчує її «живий» характер. Сьогодні ця тенденція продовжує розвиватися у, так би мовити, геометричній прогресії, охоплюючи дедалі більше аспектів приватного життя особи.

Визнання Судом додатково до обов'язку невтручання держави у приватну сферу громадян ще й її *позитивних* обов'язків щодо реалізації прав, гарантованих ст. 8 Конвенції, може розглядатись як свідчення певної еволюції не лише правових позицій ЄСПЛ, а й філософсько-правових підходів, що лежали в їх основі. Філософсько-правове підґрунтя позицій Суду щодо приватного життя трансформується від класичних ліберальних (а то й лібертарних) засад — до імпліцитних неоліберальних засновків, що проявляється у включенні до змісту розглядуваного конвенційного права обов'язків держави із вчинення нею активних дій із забезпечення, дієвого гарантування його реальності та ефективності.

У попередній нашій публікації було зроблено висновок про недостатність розгляду конституційно-правового статусу особи лише під кутом зору дихотомії «лібералізм — комунітаризм» і про те, що у подальшому видається доцільним розгортати дослідження у межах трикутника «влада (потестарний дискурс) — людина (лібералізм) — суспільство (комунітаризм)» [4, 164]. Однак гадаємо, що ЄСПЛ у процесі обґрунтування своїх рішень все ж значною мірою схиляється до пошуків балансу в межах саме означеної дихотомії (що саме по собі, звісно, ще аж ніяк не може свідчити про невикористання в його практиці певних «потестарних» підходів). Водночас видається цілком природним і логічним, що потестарний дискурс більше проявляється у позиціях національних урядів держав-відповідачів, зокрема при отождоженні ними суспільних інтересів із державними.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини* : Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 30. — Ст. 260.
2. *Де Сальвіа М.* Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. — СПб., 2004. — 1072 с.
3. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод* від 4 листопада 1950 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
4. *Принцип верховенства права: проблеми теорії та практики* : моногр. / П. М. Рабінович, О. М. Луців, С. П. Добрянський, О. З. Панкевич, С. П. Рабінович // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина. Серія І. Дослідження і реферати. — Л., 2016. — Вип. 30. — 200 с.
5. *Шевчук С.* Судовий захист прав людини: практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — Вид. 2-е, випр., доп. — К., 2007. — 848 с.
6. *Постановление Европейского суда по правам человека* от 24 июля 2003 г. по делу «Смирновы против Российской Федерации» [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://old.lawru.info/legal2/se14/pravo14347/page3.htm>.
7. *«Нимитц против Германии»* (Niemietz v. Germany) : постановление Европейского Суда по правам человека от 16 декабря 1992 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/nimitc-protiv-germanii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.
8. *Неделек Б.* Стаття 8 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О. Л. Жуковської. — К., 2004. — С. 347–400.
9. *Справа «Абдулазіз, Кабалес і Балкандалі»* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/980_333.
10. *Боаз Д.* Ключові поняття лібертаризму // Лібералізм : антологія / упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — 2-ге вид. — К., 2009. — С. 35–42.
11. *Гумбольдт В.* Позитивна і негативна держава // Лібералізм : антологія. / упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — 2-ге вид. — К., 2009. — С. 649–651.
12. *Мізес Л.* Лібералізм у класичній традиції // Лібералізм : антологія / упоряд. О. Проценко, В. Лісовий. — 2-ге вид. — К., 2009. — С. 3–19.
13. *Панкевич О. З.* Лібералізм і комунітаризм: до питання про дві парадигми сучасної політико-правової філософії // Право і громадянське суспільство. — 2013. — № 3 (4). — С. 122–134.
14. *Рабінович С. П.* Права людини у природно-правовій думці католицької церкви (за матеріалами соціальної доктрини католицизму) // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина. Серія І. Дослідження і реферати. — Л., 2004. — Вип. 7. — 198 с.
15. *Судебное решение «Беррехаб (Berrehab) против Нидерландов»* (извлечение) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://european-court.ru/uploads/ECHR_Berrehab_v_Netherlands_28_06_1988.
16. *Сичивица О. М.* Ліберал-рестрикціонізм і архітектура гармонічного миру : історіософ.-політолог. трактат. — Львів, 2013. — 1220 с.
17. *«Чемпен против Соединенного Королевства»* : судебное решение от 18 января 2001 г. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.srji.org/resources/search/22/>.
18. *«Даджен против Соединенного Королевства»* (Dudgeon v. the United Kingdom) : постановление Европейского суда по правам человека от 22 октября 1981 г. (извлечение) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/dadzen-protiv-soedinennogo-korolevstva-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.
19. *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод* у практиці судів України / А. Г. Ярема, Л. І. Григор'єва, В. І. Гуменюк та ін. — К., 2008. — 329 с.
20. *Справа «Прітті проти Сполученого Королівства»* (Case of Pretty v. The United Kingdom) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_210/.
21. *Гребенник Г. П.* Проблема отношений политики и морали (Опыт конструирования макиавеллианско-кантианского метадискурса). — Одесса, 2007. — 616 с.
22. *Індивідуалізм* // Словник іншомовних слів / за ред. О. С. Мельничука. — К., 1977.

REFERENCES

1. Pro vykonannya rishen ta zastosuvannya praktyky Ievropeiskoho sudu z prav liudyny: Zakon Ukrainy vid 23 liutoho 2006 r. № 3477-IV [About implementation of decisions and application of practice of the European Court of Human Rights: The law of Ukraine of February 23, 2006 № 3477-IV], *Vidomosti Verkhovnoi Rady Ukrainy*, 2006, no. 30, Article 260.
2. De Salvia M. Precedenty Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka. Rukovodyashchie printsipy sudebnoy praktiki, odnosyashchiesya k Evropeyskoy konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod. Sudebnaya praktika s 1960 po 2002 g. [Precedents of the European Court of Human Rights. The guidelines of court practice relating to the European convention on human rights protection and fundamental freedoms. Court practice from 1960 to 2002], Saint Petersburg, 2004, 1072 p.

3. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod vid 4 lystopada 1950 r. [The convention on human rights protection and fundamental freedoms of November 4, 1950]. Available at: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
4. Pryntsyyp verkhovenstva prava: problemy teorii ta praktyky [Principle of the rule of law: problems of the theory and practice], Lviv, 2016, Issue 30, 200 p.
5. Shevchuk S. Sudovi zakhyst prav liudyny: praktyka Ievropeiskoho Sudu z prav liudyny u konteksti zakhidnoi pravovoi tradytzii [Judicial human rights protection: practice of the European Court of Human Rights in the context of the western legal tradition], Kyiv, 2007, 848 p.
6. Postanovlenie Evropeyskogo suda po pravam cheloveka ot 24 iyulya 2003 g. po delu «Smirnovy protiv Rossiyskoy Federatsii» [The resolution of the European Court of Human Rights of July 24, 2003 on business «Smirnov against the Russian Federation»]. Available at: <http://old.lawru.info/legal2/se14/pravo14347/page3.htm>.
7. «Nimitts protiv Germanii» (Niemietz v. Germany): postanovlenie Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka ot 16 dekabrya 1992 g. [Niemietz v. Germany: the resolution of the European Court of Human Rights of December 16, 1992]. Available at: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/nimitc-protiv-germanii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.
8. Nedielek B. Stattia 8 Ievropeiskoi konventsii pro zakhyst prav liudyny ta osnovnykh svobod [Article 8 of the European convention on human rights protection and fundamental freedoms], *Ievropeiska konventsiiia z prav liudyny: osnovni polozhennia, praktyka zastosuvannia, ukrainskyi kontekst*, Kyiv, 2004, pp. 347–400.
9. Sprava «Abdulaziz, Kabales i Balkandali» [Case «Abdulaziz, Kabales and Balkandali»]. Available at: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/980_333.
10. Boaz D. Kliuchovi poniattia libertaryzmu [Key concepts of a libertarizm], *Liberalizm: antolohiia*, Kyiv, 2009, pp. 35–42.
11. Humboldt V. Pozytyvna i nehatyvna derzhava [Positive and negative state], *Liberalizm: antolohiia*, Kyiv, 2009, pp. 649–651.
12. Mizes L. Liberalizm u klasychnii tradytzii [Liberalism in classical tradition], *Liberalizm: antolohiia*, Kyiv, 2009, pp. 3–19.
13. Pankevych O. Z. Liberalizm i komunitaryzm: do pytannia pro dvi paradyhmy suchasnoi polityko-pravovoi filosofii [Liberalism and communitarianism: to a question of two a paradigm of modern political and legal philosophy], *Pravo i hromadianske suspilstvo*, 2013, no. 3 (4), pp. 122–134.
14. Rabinovych S. P. Prava liudyny u pryrodno-pravovii dumtsi katolytskoi tserkvy (za materialamy sotsialnoi doktryny katolytysmu) [Human rights in a natural and legal thought of Catholic church (on materials of the social doctrine of Catholicism)], *Pratsi Lvivskoi laboratorii prav liudyny i hromadianyna. Seriia I. Doslidzhennia i referaty*, Lviv, 2004, Issue 7, 198 p.
15. Sudebnoe reshenie «Berrekhab (Berrehab) protiv Niderlandov» (izvlechenie) [Case «Berrehab vs the Netherlands» (Extraction)]. Available at: http://european-court.ru/uploads/ECHR_Berrehab_v_Netherlands_28_06_1988.
16. Sichivitsa O. M. Liberal-restriktsionizm i arkhitektonika garmonicheskogo mira [Liberal-restrictionizm and to archytechtonic of the harmonious world]. Lvov, 2013, 1220 p.
17. «Chempen protiv Soedinennogo Korolevstva», Sudebnoe reshenie ot 18 yanvarya 2001 g. [«Chempen vs the United Kingdom». The judgment of January 18, 2001]. Available at: <http://www.srji.org/resources/search/22/>.
18. «Dadzhen protiv Soedinennogo Korolevstva» (Dudgeon v. the United Kingdom): Postanovlenie Evropeyskogo Suda po pravam cheloveka ot 22 oktyabrya 1981 g. (izvlechenie) [Dudgeon v. The United Kingdom: The resolution of the European Court of Human Rights of October 22, 1981 (extraction)]. Available at: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/dadzhen-protiv-soedinennogo-korolevstva-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.
19. Konventsiiia pro zakhyst prav liudyny i osnovopolozhnykh svobod u praktytsi sudiv Ukrainy [The convention on human rights protection and fundamental freedoms in practice of courts of Ukraine], Kyiv, 2008, 329 p.
20. Sprava «Pritti proty Spoluchenooho Korolivstva» (Case of Pretty v. The United Kingdom) [Case of Pretty v. The United Kingdom]. Available at: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_210/.
21. Grebennik G. P. Problema otnosheniy politiki i morali (Opyt konstruirovaniya makiavelliansko-kantianskogo metadiskursa) [Problem of the relations of policy and morals (Experience of designing Makiavellis' and Kants' metadiscourse)], Odessa, 2007, 616 p.
22. Indyvidualizm [Individualism], *Slovnnyk inshomovnykh sliv*, Kyiv, 1977.

Панкевич О. З. Захист права на приватність: динаміка світоглядно-методологічних основ (за матеріалами практики Європейського суду з прав людини)

Анотація. У статті здійснений загальнотеоретичний та філософсько-правовий аналіз практики Європейського суду з прав людини щодо захисту права на приватність. Особлива увага приділяється необхідності врахування відмінностей між комунітаристськими, лібералістичними та потестарними інтерпретаціями правових категорій. Значне місце відведено висвітленню особливостей ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, в якій, на думку автора, найбільш яскраво проявляється напруження по лінії лібера-

лізм – комунітаризм: право на приватність само по собі є найбільшою мірою лібералістичним, тобто таким, що становить серцевину цієї політико-правової філософії. Завдяки рішенням Суду положення ст. 8 Конвенції поповнилися низкою нових смислів, що засвідчує «живий» характер документа. Сьогодні ця тенденція продовжує спостерігатися, охоплюючи все більше аспектів приватного життя особи. Визнання Судом додатково до обов'язку невтручання держави у приватну сферу громадян ще й її позитивних обов'язків щодо реалізації прав, гарантованих ст. 8, може розглядатися не тільки як свідчення певної еволюції правових позицій ЄСПЛ, а й філософсько-правових підходів, що лежали в їх основі. Філософсько-правове підґрунтя позицій Суду щодо приватного життя трансформується від класичних ліберальних (а то й лібертарних) засад – до імпліцитних неоліберальних засновків, що проявляється у включенні до змісту розглядуваного конвенційного права обов'язків держави із вчинення нею активних дій із забезпечення його реальності та ефективності.

Ключові слова: право на приватність, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Європейський суд з прав людини, лібералізм, комунітаризм, ліберальний комунітаризм, потестарний дискурс.

Панкевич О. З. Защита права на приватность: динамика мировоззренческо-методологических оснований (по материалам практики Европейского суда по правам человека)

Аннотация. В статье осуществлен общетеоретический и философско-правовой анализ практики Европейского суда по правам человека по защите права на приватность. Особое внимание уделяется необходимости учета различий между коммунитаристскими, либералистическими и потестарными интерпретациями правовых категорий. Значительное место отведено освещению особенностей ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, в которой, по мнению автора, наиболее ярко проявляется напряжение по линии либерализм – коммунитаризм: право на приватность само по себе является в наибольшей степени либералистическим, то есть таким, что составляет сердцевину этой политико-правовой философии. Благодаря решениям Суда положения ст. 8 Конвенции пополнились рядом новых смыслов, что свидетельствует о «живом» характере документа. Сегодня эта тенденция продолжает наблюдаться, охватывая все больше аспектов частной жизни лица. Признание Судом дополнительно к обязанности невмешательства государства в частную сферу граждан еще и его положительных обязанностей по реализации прав, гарантированных ст. 8, может рассматриваться не только как свидетельство определенной эволюции правовых позиций ЕСПЧ, но и философско-правовых подходов, лежащих в их основе. Философско-правовой базис позиций Суда относительно частной жизни трансформируется от классических либеральных (а то и либертарных) основ – до имплицитных неоліберальных предпосылок, что проявляется во включении в содержание рассматриваемого конвенционного права обязанностей государства по совершению им активных действий по обеспечению его реальности и эффективности.

Ключевые слова: право на приватность, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека, либерализм, коммунитаризм, либеральный коммунитаризм, потестарный дискурс.

Pankevych O. Protection of Right to Privacy: Dynamics of World Outlook-Methodological Based (Based on Practice of European Court of Human Rights)

Annotation. This article provides general theoretical and philosophical-legal analysis of the European Court of Human Rights practice with regard to the protection of the right to privacy. A particular attention is paid to the need to consider the differences between communitarian, liberalistic and potestary interpretations of the legal categories. A high profile is given to coverage of features of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, where, according to the author, the tension on the line of liberalism is most evident – communitarianism: since the right to privacy itself is most liberalistic, i.e. the one that is the core of this political and legal philosophy. Thanks to the decision of the Court, a number of new senses has joined the provision of Article 8, which is an evidence of a «living» nature of the Convention. Today, the trend continues to be observed, covering even more aspects of private life of a person. The recognition by the Strasbourg Court of the positive obligations of the state on implementing the rights guaranteed by Article 8 in addition to its obligation of non-interference in the private sphere of citizens, can be considered not only as evidence of some evolution of legal stance of the ECHR, but as philosophical and legal approaches that formed their basis. Philosophical and legal foundation of the Court's stance regarding private life is transformed from classical liberal (and even libertarian) principles – to implicit neoliberal premises, which manifests itself in including in the content of the considered conventional law of obligations of the state on taking active steps to ensure its reality and effectiveness.

Key words: right to privacy, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights, liberalism, communitarianism, liberal communitarianism, potestary discourse.

EX TUNC V. EX NUNC:
ПРОБЛЕМА ДІЇ В ЧАСІ СУДОВИХ РІШЕНЬ
ПРЕЦЕДЕНТНОГО ХАРАКТЕРУ
У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ
З ПРАВ ЛЮДИНИ*



В. ГОНЧАРОВ

*кандидат юридичних наук,
старший науковий співробітник
Львівської лабораторії прав людини і громадянина
(Науково-дослідний інститут
державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН України)*

Проблема дії в часі судових рішень прецедентного (загального) характеру¹ давно відома у правових системах загального права. Натомість для континентальної правової системи (зокрема й української) вона майже невідома. З-поміж вітчизняних дослідників зазначеному питанню присвячено деяку увагу у працях Б. Малишева [1], О. Пушняка [2], В. Тихого [3], С. Шевчука [4] та побіжно деяких інших авторів [5; 6].

Предмет нашої уваги у цій статті — використання у практиці Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ, Суд) різних моделей дії в часі таких судових рішень. При цьому, зокрема, аналізуватимуться його оцінки дії в часі таких судових рішень у національних правових системах, а також те, які моделі використовує ЄСПЛ щодо дії в часі власних рішень. Ця тематика, на скільки нам відомо, ще не досліджувалася вітчизняними авто-

рами та й з-поміж європейських дослідників можна згадати хіба що публікації С. Дрогенбрюка та Ф. Тулкенс [7], а також П. Попельє [8] та Е. Стейнер [9].

**Моделі дії
в часі судових рішень**

Коли суди вирішують справи, то зазвичай від них очікують правової оцінки того, що трапилося десь у минулому. З цього випливає, що дія рішення суду по своїй темпоральній природі зворотна (лат. — *ex tunc*, англ. — *retroactive*). З точки зору звичайного погляду, поширеного по обидва боки Атлантичного океану, ця дія судових рішень не викликає особливих ускладнень, оскільки суд лише оголошує те право, котре наче вже існувало на час, коли склалася певна правова ситуація, що потребує судового вирішення.

Однак є принаймні три категорії справ, де дія в часі судового рішення *ex*

* Висловлюю подяку моєму колезі Д. Вовку за надану зарубіжну літературу, що була використана при підготовці цієї статті.

¹ У межах цієї статті нас цікавлять рішення судів, котрі мають загальне нормативне значення — прецеденти та рішення судів конституційної юрисдикції, котрими надається офіційне роз'яснення законодавства або скасовується нормативно-правовий акт.

tunc може стати проблемою. Це може трапитися, коли:

1) вищі органи судочинства скасовують нормативно-правовий акт, що регулював певний вид суспільних відносин: ретроспективний ефект скасування такого акта може внести невпорядкованість у суспільні відносини, оскільки певний нормативний акт вже певний час діяв, регулюючи суспільні відносини, а отже, його скасування може не лише зашкодити розумним правовим очікуванням їх учасників, а й спричинити тяжкі наслідки економічного та/або соціального характеру¹;

2) суд, рішення якого має прецедентний ефект, запроваджує новий принцип чи доктрину: тут має місце така ж по суті небезпека дії подібного рішення *ex tunc*;

3) суд встановлює змістовно новий прецедент на зміну старому, в результаті чого відбувається пряма зміна правового регулювання суспільних відносин: заборонене стає дозволеним чи навпаки².

Динаміка, котра вноситься подібними рішеннями судів у правове регулювання суспільних відносин, може вступити в суперечність із принципом правової визначеності, що є загальновищаною складовою верховенства права. Втім, для сучасних судів важливо забезпечувати не тільки передбачуваність правового регулювання, а й поступовий розвиток правової системи, тобто поєднувати в судочинстві елементи і статичні, і динамічні.

Оскільки західна юриспруденція (зокрема й англо-американська саме в частині статутного права) загалом розглядала суд як «вуста закону», а тлумачення — як відображення

справжнього й об'єктивного смислу, вміщеного у законі начебто раз і назавжди, то чи йдеться про скасування закону, чи про започаткування нової доктрини, чи про оновлення тлумачення незмінного тексту Конституції, — в усіх цих випадках пояснення ретроспективної дії судового рішення (*ex tunc effect*) завжди відбувається однаково — суд лише оголосив те право, яке діяло на момент існування певних суспільних відносин. Тому це, взагалі кажучи, навіть не ретроспективна дія, бо в судовому рішенні немає нічого нового, суд лише озвучив право, котре існувало до і безвідносно нього.

Втім, розвиток судової практики довів, що дія судових рішень *ex tunc* не може бути універсальною.

Як стверджує Е. Стейнер, модель надання прецедентам прямої дії (*ex nunc*) була започаткована на зламі XIX–XX ст. [9, 2]. Однак статус легітимного засобу юридичної техніки ця модель отримала в юриспруденції США у 1932 р., коли Верховний суд США розглядав справу «*Sunburst*». У ній ішлося про те, чи мав право Верховний суд штату Монтана змінити свій прецедент, але справу все ж вирішили ще за старим прецедентом, тоді як новому надали суто пряму дію. Суддя Б. Кордозо виразив одностайну позицію Верховного суду США в такий спосіб: «Ми гадаємо, що Федеральна Конституція нічого не каже з цього питання. При визначенні меж слідування прецеденту штат має право самотужки обирати між принципами зворотної чи прямої дії. Штат може сказати, що рішення вищого суду, будучи в майбутньому переглянутим, є правом, незважаючи на його перехідний харак-

¹ Яскравим прикладом небезпечності ретроспективної дії скасування нормативно-правового акта є справа, розглянута Верховним судом Канади в 1985 р., що стосувалася перекладу законодавства в провінції Манітоба: цей суд постановив, що законодавство провінції повинно викладатися двома мовами: англійською та французькою [10]. Коли б подібне рішення отримало ретроспективний ефект, то все законодавство провінції було б визнано неконституційним; але не випадає думати, що ситуація, коли в один день все законодавство зникло, в принципі можлива.

² Тут можна згадати, наприклад, скандальну ситуацію, коли Конституційний Суд України в 2010 р. змінив свою попередню правову позицію стосовно порядку формування коаліції депутатських фракцій [11], котру в народі прозвали справою про «тушки» [12].

тер (*intermediate transactions*). Насправді трапляються справи, з суті яких випливає <...>, що рішення у них повинне мати саме пряму дію. Й ніколи не було сумніву в тому, що так робити можна, коли в такий спосіб вдається уникнути несправедливості чи тяжких наслідків» [13].

Як зазначає Е. Стейнер, головним запереченням проти надання прямої дії рішенню суду було і залишається те, що виражена в ньому правова позиція не може розглядатись як прецедент, а натомість лише як *dicta*, тобто позиція суду, котра не має нормовстановчого ефекту. На нашу думку, *це можна пояснити тією обставиною, що прецедентне значення має лише та правова позиція, яка лягла в основу вирішення справи*. Саме звідси випливає сама можливість дії принципу *stare decisis* (з лат. — стояти на вирішеному). До того ж інший проблематичний вислід моделі прямої дії прецедента полягає у створенні юридичної нерівності між однойменними суб'єктами в аналогічних ситуаціях.

Можна навести ще одну проблему, котра пов'язана з прямою дією у часі прецедентної правової позиції — вона безпосередньо підкреслює судове нормотворення, що зазвичай вважається неприйнятним ані для континентальних, ані для англо-американських судів, коли вони діють у сфері застосування статутного права: одна річ надати рішенню суду зворотну дію — тут, як не як, завжди можна твердити, що попереднє рішення суду просто було помилковим, а нове рішення оголошує справжнє право, котре існувало і діяло в певних суспільних відносинах; інша — провести демаркаційну лінію між старим дійсним правом і правом, що буде існувати в майбутньому. За таких умов не втекти від звинувачення у порушенні традиційних з часів Ш.-Л. Монтеск'є правил розмежування влади: встанов-

лювати нові правила поведінки — це прерогатива саме законодавчої влади, а не судів.

Щоправда, як свідчить порівняльне дослідження, проведене нещодавно групою науковців з країн Європи, Північної Америки та Азії й викладене у колективній монографії «*Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*» («Порівнюючи перспективний ефект судових рішень у різних юрисдикціях», 2015 р.), пряма дія, а отже, судове правотворення давно відоме в країнах чи не всіх правових систем.

Е. Стейнер у своїй статті доходить думки, що насправді ліпше говорити не про поділ дії в часі судових рішень на зворотну і пряму, а радше про зворотну і не-зворотну [9, 8]. Судовій практиці національних і міжнародних інстанцій світу відомі більш ніж дві моделі дії судових рішень — *ex tunc* чи *ex nunc*. Так, трапляються випадки *зворотної дії* (що є, безумовно, переважною моделлю дії судових рішень у часі по всьому світу), *чистої прямої дії* (коли суд оголошує нову правову позицію, однак робить застереження, що пошириться вона лише на ті суспільні відносини, котрі будуть виникати після ухвалення рішення у цій справі, а справа перед судом і ті, які вже чекають на розгляд, однак, ще будуть вирішуватися за попередньою правовою позицією), *обмеженої прямої дії* (коли суд змінює прецедент, як виняток вирішує справу (в якій він змінює правову позицію) за новим прецедентом, а загалом поширює дію нового прецедента лише на ті суспільні відносини, котрі виникнуть після ухвалення рішення) [9, 6, 7]¹.

Так чи інакше, мотивом надання не-зворотної дії виступає зменшення несправедливого чи обтяжливого впливу на суб'єктів правовідносин у зв'язку з появою нової правої позиції. Тобто річ тут у зважуванні і балансуванні інтере-

¹ Всі ці три форми дії прецедентів були досліджені нами раніше на матеріалах практики Верховного суду США [14, 146–150].

сів людини, груп людей, суспільства і держави. Не-зворотна дія може бути обрана судом лише там, де зворотна потягне істотно гірші наслідки, ніж не-зворотна. Приклад цього можна знайти й у практиці Конституційного Суду України (далі — КСУ), коли скасувавши своїм рішенням від 30 вересня 2010 р. Закон України № 2222 «Про внесення змін до Конституції України» [15], Суд все ж не пішов настільки далеко, щоб визнати неконституційними всі нормативні акти Верховної Ради України, Президента та Кабінету Міністрів України, прийняті з 1 вересня 2005 р., коли Закон № 2222 набрав чинності.

Оцінка ЄСПЛ дії в часі національних рішень прецедентного (загального) характеру

Для розуміння позиції ЄСПЛ з означеного питання не зайвим буде нагадати дві керівні засади його діяльності: забезпечувати при застосуванні Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) правову визначеність, виправдовувати розумні правові очікування осіб, а також дбати про відповідність прав людини сучасним умовам життя. Для того аби впоратися із виконанням цих завдань, ЄСПЛ повинен запровадити таку модель ухвалення рішень, котра б дозволяла йому, з одного боку, вирішувати власні справи послідовно (оскільки виражені у його рішеннях правові позиції створюють розумне очікування того, що Суд і надалі «стоятиме на вирішеному»), а з другого — в міру зміни суспільних потреб осучаснювати зміст Конвенції й модифікувати власні попередні правові позиції.

У справі «*Hermann v. Germany*» ЄСПЛ вказав, що «хоча значущість попередніх рішень не обмежується переконливістю наведених у них аргументів, їм все ж не властива сила пра-

вила *stare decisis*, згідно з яким принципи права, на котрих суд основував своє попереднє рішення, є авторитетними в усіх майбутніх справах, де факти сутнісно однакові» [16]. Такий підхід більше відповідає завданням ЄСПЛ, надаючи йому можливість балансувати між статикою і динамікою в праві. Суд визнає, що і національні суди повинні дотримуватися балансу між передбачуваністю й осучасненням права. То ж нижче розглянемо справи, в яких суд схвально поставився до надання рішенням загального характеру зворотної дії в часі.

Коли йдеться про скасування нормативного акта в порядку конституційного судочинства, ЄСПЛ не має заперечень проти зворотної дії таких рішень у часі. Таким чином, абстрактний конституційний контроль, принаймні на часі, не є предметом пильної уваги Суду, хоча слід пам'ятати, що і на нього поширюється принцип правової визначеності, що тягне за собою обов'язок держави забезпечити передбачуваність як застосування, так і тлумачення права. Інша річ — справи судів загальної юрисдикції, в яких ретроспективно змінюється правова позиція вищих судів.

Почнімо з огляду тих справ, у яких ЄСПЛ не мав заперечень проти ретроспективної дії судових рішень загального характеру.

1. Однією з показових у цьому контексті є справа «*Legrand v. France*» [18]. Суд розглядав скаргу подружжя Легранд з приводу порушення національними судовими органами Франції ст. 6 Конвенції. Суд встановив, що Ф. Легранд — дружина М. Легранда 21 вересня 1989 р. проходила ліпосакцію в медичному закладі Франції. Дії лікаря спричинили газову гангрену, після чого заявниця була змушена пройти ще сім хірургічних втручань. Після скарги заявників розпочалося кримінальне переслідування хірурга, котрий проводив невдалу операцію. Заявники як

постраждалі особи вимагали притягнути його до кримінальної відповідальності й відшкодувати завдані збитки. Розгляд кримінальної справи закінчився несприятливо для заявників: лікаря було виправдано, а у відшкодуванні збитків відмовлено. Тоді заявники розпочали цивільне провадження, оскільки згідно з усталеною практикою Касаційного суду Франції рішення у кримінальній справі не має преюдиціального значення для цивільного судочинства. Суд першої інстанції, а вслід за ним й апеляційний суд відмовили хірургу в його запереченні, основаному на тому, що рішення у кримінальній справі є остаточним і повинно діяти в цивільному судочинстві як преюдиція. Однак невдовзі після ухвалення рішення апеляційною інстанцією на користь заявників Касаційний суд Франції змінив свою усталену практику, постановивши, що заявники повинні були висунути всі свої вимоги в порядку кримінального судочинства, а отже, рішення у кримінальній справі має преюдиціальну силу в цивільному судочинстві. Скарга заявників була відхилена.

Тоді заявники звернулися до ЄСПЛ, стверджуючи, що Касаційний суд Франції, змінивши свою правову позицію, порушив право заявників на справедливий суд, позбавивши їх можливості захистити свої цивільні права. Судді ЄСПЛ дійшли одностайного висновку про те, що не мало місця порушення ст. 6 Конвенції. В основу цього рішення лягли такі три керівні положення:

- коли йдеться про *res judicata*, тобто про остаточне рішення у справі, то таке рішення не повинно піддаватись перегляду (а попередня правова позиція Касаційного суду Франції, власне, імпліцитно дозволяла подібний перегляд);
- принцип правової визначеності не виключає можливості зміни усталеної судової практики за наявності для цього вагомих підстав;
- зміна правової позиції Касаційного суду Франції не може розглядатись як

така, що унеможливила право на справедливий судовий розгляд, оскільки заявники мали можливість висунути свої вимоги в порядку кримінального судочинства.

До того ж ЄСПЛ врахував і доводи уряду про те, що зміна практики Касаційного суду Франції не була несподіваною, а натомість становила продовження тенденції, котра вбачалася і в інших його попередніх рішеннях.

І хоча, мабуть, саме та обставина, що заявникам була надана можливість висунути свої вимоги у кримінальному судочинстві допомогла суду дійти одностайного рішення у справі, в контексті нашого дослідження особливий інтерес становить все ж той аргумент, що ретроспективна дія нової правової позиції Касаційного суду Франції не була цілком непередбачуваною.

2. У справі «*Unedic v. France*» йшлося про несприятливі фінансові наслідки для заявника, яких той зазнав у зв'язку зі зміною практики у тому ж Касаційному суді Франції. У цій справі ЄСПЛ зауважив, що Конвенція не передбачає права заявника на незмінність судової практики. Крім того, Суд визнав, що наслідки від ретроспективної дії нової правової позиції були обмежені. Аналізуючи це рішення ЄСПЛ, П. Попільє стверджує, що коли національний суд доходить висновку, що зміна правової позиції може спричинити порушення гарантованого Конвенцією права, національний суд може уникнути порушення Конвенції, моделюючи ретроспективну дію в часі такого рішення [8, 283].

Однак у практиці ЄСПЛ трапляються справи, в яких він визнає порушення Конвенції саме через надання оновленим правовим позиціям національних судів зворотної дії.

3. Так, у рішенні у справі «*Del Rio Prada v. Spain*» ЄСПЛ розглядав скаргу

заявниці на порушення статей 14, 17, 24 і 25 Конвенції. Заявниця відбувала кримінальне покарання у закладі пенітенціарної системи Галіції за низку вчинених нею тяжких злочинів (з-поміж яких участь у терористичній організації, напади та вбивства). За всі ці злочини заявниця повинна була б зазнати позбавлення волі сумарно на строк понад 3 000 років. Однак заявниця могла розраховувати на її умовно-дострокове звільнення в 2008 р., якби в 2006 р. Верховний суд Іспанії не змінив доктрину встановлення умовно-дострокового звільнення, постановивши, що при його призначенні слід враховувати строки за кожен вирок окремо, тоді як раніше суд встановлював умовно-дострокове звільнення, керуючись граничним строком у 30 років позбавлення волі (§ 17) [20].

Даючи свою оцінку обставинам справи і доводам сторін, ЄСПЛ зазначив, що заявниця навряд чи могла передбачити можливість настільки різкої зміни судової практики, що призвела до істотного погіршення її становища.

Гадаємо, Верховний суд Іспанії міг би уникнути звинувачення у порушенні принципу правової визначеності, якби надав своїй оновленій правовій позиції лише дію *ex nunc*, оскільки при вирішенні питання із моделлю дії правової позиції слід упевнитись у тому, що зворотна дія не призведе до істотно гірших наслідків порівняно з прямою дією.

У 2011 р. (справа «*Serkov v. Ukraine*» [17]) ЄСПЛ засудив непослідовність судової практики Верховного Суду України (далі — ВСУ), встановивши, що зміни судової практики були невмотивовані, внаслідок чого останній допустив порушення правової визначеності як неодмінної складової принципу верховенства права. Гадаємо, що і цю справу можна розглядати під кутом зору моделей дії в часі судових рішень: ВСУ міг би послабити критику ЄСПЛ

у спричиненні нерівності однойменних суб'єктів господарювання, якби вирішив дві справи про оподаткування однаково, а новій правовій позиції надав би дію *ex nunc*.

**Моделі дії
в часі рішень ЄСПЛ:
справи «*Marckx v. Belgium*»
та «*Lucky Dev v. Sweden*»**

У добре відомій широкому загалу справі «*Marckx v. Belgium*» [21] ЄСПЛ встановив порушення ст. 8 Конвенції, ст. 14 у поєднанні зі статтями 8 та 14, а також ст. 1 Першого протоколу до Конвенції у зв'язку з тим, що законодавство Бельгії не передбачало встановлення материнства за фактом народження. У зв'язку з цим створювалися чималі складнощі для законного закріплення сімейних стосунків матері і дитини, якщо дитина була народжена поза шлюбом. Оскільки йшлося про зміну судової практики ЄСПЛ, держава звернулася до останнього із проханням не надавати рішення зворотної дії, оскільки уряд Бельгії не міг передбачити ухвалення такого рішення, а зворотна його дія могла спричинити низку тяжких наслідків для держави. Суд погодився із тим, що пряма дія його нової правової позиції є небажаною в цьому контексті, та надав своїй позиції пряму дію, чим звільнив уряд Бельгії від необхідності переглядати рішення у попередніх справах такого ґатунку, що передували ухваленню рішення у справі «*Marckx v. Belgium*».

Щоправда, надалі (й, зокрема, у згаданій вище справі «*Unedic v. France*»), ЄСПЛ пояснив, що не зв'язаний цим положенням, оскільки йдеться лише про *obiter dictum* у відповідь на висловлене побажання уряду Бельгії. Й у всіх наступних справах, де поставало питання про зміну правової позиції, Суд використовував лише модель *ex tunc*. Це стосувалося навіть деяких із тих справ, у котрих зміна правової

позиції відбувалася вже після ухвалення остаточного рішення національними судовими органами¹.

Питання про дію в часі рішень ЄСПЛ актуалізувалося із новою силою після ухвалення ним рішення у справі «*Lucky Dev v. Sweden*» [24], в якому судді одностайно визнали право заявниці не бути повторно засудженою за той самий злочин, застосувавши при цьому свою правову позицію, виражену у справі «*Sergey Zolotukhin v. Russia*» [25]. Проблематичність цього рішення вбачається у тому, що на час розгляду справи національними судами Швеції чинною була правова позиція ЄСПЛ, закріплена його рішенням у справі «*Rosenquist v. Sweden*» [26]; але на момент ухвалення остаточного рішення у справі (*res judicata*) набрало сили інше його рішення — у справі «*Sergey Zolotukhin v. Russia*».

На обґрунтування свого рішення у справі «*Lucky Dev v. Sweden*» судді ЄСПЛ, серед іншого, вказали, що ненадання зворотної дії у часі його правовим позиціям могло би призвести загалом до унеможливлення зміни правових позицій ЄСПЛ. Гадаємо, що це рішення було прийнято одностайно лише з тієї причини, що на момент остаточного вирішення справи національні суди все ж могли застосувати рішення у справі «*Sergey Zolotukhin v. Russia*», натомість застосували рішення

у справі «*Rosenquist v. Sweden*». Втім, ЄСПЛ знову поставив запитання: що робити тоді, коли зміна практики ЄСПЛ наштовхується на принцип *res judicata* — неможливість перегляду остаточного рішення у справі? На це запитання навряд чи знайдеться відповідь протягом найближчого часу, хоча, гадаємо, уникнути подібного зіткнення таки можливо через використання відомих судовій практиці багатьох країн не-зворотних моделей дії в часі оновлених правових позицій ЄСПЛ (або, можливо, через винайдення нових моделей).

Підсумовуючи, варто сказати про таке. Вивчення дії в часі судових рішень загального характеру на матеріалах практики ЄСПЛ є корисним передусім для збагачення досвіду національних судових інстанцій. Зокрема, слід зробити висновок, що ВСУ та КСУ слід звернути увагу на використовувані самим ЄСПЛ засоби пом'якшення несподіваності змістовних змін судової практики. Адже, наприклад, вказуючи на відсутність суспільного консенсусу з того чи іншого питання й залишаючи певні правові питання на розсуд самих держав, Суд, однак, дає можливість зрозуміти, що чинні правові позиції ЄСПЛ здатні еволюціонувати. Це, у свою чергу, дає своєрідний «сигнал» державам-учасникам, щоб вони були готові до ретроспективних змін у практиці ЄСПЛ.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Малишев Б. В. Судовий прецедент у правовій системі Англії. — К., 2008. — 344 с.
2. Пушняк О. В. Дія у часі судових правоположень // Теорія і практика правознавства. — 2015. — № 1 (7).
3. Тихий В. Дія рішень Конституційного Суду України в часі // Вісник Конституційного Суду України. — 2001. — № 5. — С. 51–53.
4. Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. — К., 2007. — 640 с.
5. Власов Ю. Л. Проблеми тлумачення норм права : моногр. — К., 2001. — 180 с.
6. Тодыка Ю. Н. Толкование Конституции и законов Украины. — Харьков, 2003. — 328 с.
7. Tulkens F., Drooghenbroeck Van S. The Shadow of Marckx for a Renewed Debate on the Temporal Effects of Judgments of the European Court of Human Rights // The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence. — Oxford, 2011. — P. 249–270.
8. Popelier P. The European Court of Human Right's Approach to Retrospective Judicial Reversals // Effects of Judicial Decisions in Time. — Cambridge, 2014. — Pp. 265–285.

¹ Як влучно помітила П. Попельє, у справі «*Aoulmi v. France*» [22] ЄСПЛ застосував прецедент «*Mamatkulov and Askarov v. Turkey*» попри те, що на час ухвалення остаточного рішення у справі, на національному рівні остання ще не була розглянута. Суд знайшов спосіб застосувати цей прецедент не порушуючи принципи *res judicata*, пославшись на ст. 34 Конвенції.

9. Steiner E. Judicial Rulings with Prospective Effect—from Comparison to Systematisation // Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions. — Springer, 2015. — Pp. 1–23.
10. *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 SCR 721, 1985 CanLII 33 (SCC).
11. Ухвала Конституційного Суду України від 3 липня 2008 р. № 26-у/2008 про відмову у відкритті конституційного провадження у справі за конституційним поданням 105 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частин шостої, сьомої, дев'ятої статті 83 Конституції України [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/va26u710-08>.
12. Рішення Конституційного Суду України від 17 вересня 2008 р. № 16-рп/2008 у справі за конституційним поданням 105 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частин шостої, сьомої, дев'ятої статті 83 Конституції України (справа про коаліцію депутатських фракцій у Верховній Раді України) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-08>.
13. *Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co.* 287 U.S. 358 (1932).
14. Гончаров В. В. Динамічне тлумачення юридичних норм // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України / редкол.: П. М. Рабінович (голов. ред.) та ін. — Л., 2013. — Вип. 27. — 252 с. — Серія І. Дослідження та реферати.
15. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р. № 20-рп/2010 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) [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10>.
16. *Herrmann v. Germany Case.* 27 Jul. 2012. Application no. 9300/07.
17. *Serkov v. Ukraine Case.* 27 Oct. 2011. Application no. 20566/05.
18. *Legrand v. France Case.* 26 Mai. 2011. Application no. 23228/08.
19. *Unedic v. France Case.* 18 Dec. 2008. Application no. 20153/04.
20. *Del Rio Prada v. Spain Case.* 21 Oct. 2013. Application no. 42750/09.
21. *Marckx v. Belgium Case.* 13 June 1979. Application no. 6833/74.
22. *Aoulmi v. France Case.* 17 Jan. 2006. Application no. 50278/99.
23. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey Case.* 4 Feb. 2005. Applications nos. 46827/99 and 46951/99.
24. *Lucky Dev v. Sweden Case.* 27 Nov. 2014. Application no. 7356/10.
25. *Sergey Zolotukhin v. Russia Case.* 10 Feb. 2009. Application no. 14939/03.
26. *Rosenquist v. Sweden Case.* 14 Sep. 2004. Application no. 60619/00.

REFERENCES

1. Malyshev B. V. Sudovi pretsedent u pravovii systemi Anhlії [Judicial precedent in legal system of England], Kyiv, 2008, 344 p.
2. Pushniak O. V. Diia u chasi sudovykh pravopolozhen [Process during judicial law provisions], *Teoriia i praktyka pravoznavstva*, 2015, no. 1 (7).
3. Tykhyi V. Diia rishen Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy v chasi [Action of decisions of the Constitutional Court of Ukraine in time], *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 2001, no. 5, pp. 51–53.
4. Shevchuk S. Sudova pravotvorchist: svitovyi dosvid i perspektyvy v Ukraini [Judicial law-making: international experience and prospects in Ukraine], Kyiv, 2007, 640 p.
5. Vlasov Iu. L. Problemy tлумachennia norm prava [Problems of interpretation of rules of law], Kyiv, 2001, 180 p.
6. Todyka Yu. N. Tolkovanie Konstitutsii i zakonov Ukrainy [Interpretation of the Constitution and laws of Ukraine], Kharkov, 2003, 328 p.
7. Tulkens F., Drooghenbroeck Van S. The Shadow of Marckx for a Renewed Debate on the Temporal Effects of Judgments of the European Court of Human Rights, *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*, 2011, Oxford, 2011, pp. 249–270.
8. Popelier P. The European Court of Human Right's Approach to Retrospective Judicial Reversals, *Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge, 2014, pp. 265–285.
9. Steiner E. Judicial Rulings with Prospective Effect—from Comparison to Systematisation, *Comparing the Prospective Effect of Judicial Rulings Across Jurisdictions*, Springer, 2015, pp. 1–23.
10. *Re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 SCR 721, 1985 CanLII 33 (SCC).
11. Ukhvala Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 3 lypnia 2008 r. № 26-u/2008 pro vidmovu u vidkrytti konstytutsiinoho provadzhenia u spravi za konstytutsiinym podanniam 105 narodnykh deputativ Ukrainy shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhen chastyn shostoї, somoi, deviatoi statti 83 Konstytutsii Ukrainy [The resolution of the Constitutional Court of Ukraine of July 3, 2008 № 26-y/2008 about refusal in opening of the constitutional proceedings on the constitutional representation of 105 People's Deputies of Ukraine of rather official interpretation of provisions of parts of the sixth, seventh, ninth article 83 of the Constitution of Ukraine]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/va26u710-08>.
12. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 17 veresnia 2008 r. № 16-rp/2008 u spravi za konstytutsiinym podanniam 105 narodnykh deputativ Ukrainy shchodo ofitsiinoho tлумachennia polozhen

- chastyn shostoi, somoi, deviatoi statii 83 Konstytutsii Ukrainy (sprava pro koalitsiiu deputatskykh fraktsii u Verkhovnij Radi Ukrainy) [The decision of the Constitutional Court of Ukraine of September 17, 2008 № 16-rp/2008 on case on the constitutional representation of 105 People's Deputies of Ukraine of rather official interpretation of provisions of parts of the sixth, seventh, ninth article 83 of the Constitution of Ukraine (case of the coalition of deputy fractions in the Verkhovna Rada of Ukraine)]. Available at <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v016p710-08>.
13. Great Northern Ry. Co. v. Sunburst Oil & Refining Co. 287 U.S. 358 (1932).
 14. Honcharov V. V. *Dynamichne tlumachennia iurydychnykh norm* [Dynamic interpretation of legal norms], *Pratsi Lvivskoi laboratorii prav liudyny i hromadianyna Naukovo-doslidnoho instytutu derzhavnogo budivnytstva ta mistsevoho samovriaduvannia Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*, Lviv, 2013, Issue 27, 252 p.
 15. Rishennia Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy vid 30 veresnia 2010 r. № 20-rp/2010 u spravi za konstytutsiinym podanniam 252 narodnykh deputativ Ukrainy shchodo vidpovidnosti Konstytutsii Ukrainy (konstytutsiinosti) Zakonu Ukrainy «Pro vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy» vid 8 hrudnia 2004 roku № 2222-IV (sprava pro doderzhannia protsedury vnesennia zmin do Konstytutsii Ukrainy) [The decision of the Constitutional Court of Ukraine of September 30, 2010 № 20-rp/2010 on case on the constitutional representation of 252 People's Deputies of Ukraine concerning compliance of the Constitution of Ukraine (constitutionality) of the Law of Ukraine «About introduction of amendments to the Constitution of Ukraine» of December 8, 2004 № 2222-IV (case of observance of the procedure of introduction of amendments to the Constitution of Ukraine)]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10>.
 16. Herrmann v. Germany Case. 27 Jul. 2012. Application no. 9300/07.
 17. Serkov v. Ukraine Case. 27 Oct. 2011. Application no. 20566/05.
 18. Legrand v. France Case. 26 Mai. 2011. Application no. 23228/08.
 19. Unedic v. France Case. 18 Dec. 2008. Application no. 20153/04.
 20. Del Rio Prada v. Spain Case. 21 Oct. 2013. Application no. 42750/09.
 21. Marckx v. Belgium Case. 13 June 1979. Application no. 6833/74.
 22. Aoulmi v. France Case. 17 Jan. 2006. Application no. 50278/99.
 23. Mamatkulov and Askarov v. Turkey Case. 4 Feb. 2005. Applications nos. 46827/99 and 46951/99.
 24. Lucky Dev v. Sweden Case. 27 Nov. 2014. Application no. 7356/10.
 25. Sergey Zolotukhin v. Russia Case. 10 Feb. 2009. Application no. 14939/03.
 26. Rosenquist v. Sweden Case. 14 Sep. 2004. Application no. 60619/00.

Гончаров В. В. *Ex tunc v. ex nunc*: проблема дії в часі судових рішень прецедентного характеру у практиці Європейського суду з прав людини

Анотація. Стаття присвячена тому, яким чином Європейський суд з прав людини оцінює питання дії в часі національних судових рішень загального характеру, а також які моделі дії в часі власних правових позицій використовує цей Суд. Пропонується розмежовувати дві головні моделі дії таких рішень у часі – зворотна і не-зворотна. Вибір між ними зумовлений, головним чином, намаганням судів відвернути несприятливі наслідки, спричинені зміною певного усталеного стану справ (через скасування закону в порядку конституційного судочинства або через зміну раніше висловленої правової позиції). Встановлено, що при оцінці змін у правових позиціях національних судових інстанцій ЄСПЛ звертає увагу на те, чи спромоглися ті забезпечити принцип правової визначеності. Крім цього, стверджується, що сам Суд, за поодинокими винятками, намагається надавати своїм правовим позиціям саме зворотну дію.

Ключові слова: *ex tunc*, *ex nunc*, Європейський суд з прав людини, правова позиція.

Гончаров В. В. *Ex tunc v. ex nunc*: проблема действия во времени судебных решений прецедентного характера в практике Европейского суда по правам человека

Аннотация. Статья посвящена тому, каким образом Европейский суд по правам человека оценивает вопросы действия во времени национальных судебных решений общего характера, а также какие модели действия во времени собственных правовых позиций использует этот Суд. Предлагается разграничивать две главные модели действия таких решений во времени – обратная и не-обратная. Выбор между этими моделями обусловлен, главным образом, стремлением судов избежать неблагоприятных последствий, вызванных изменением определенного устойчивого состояния дел (из-за отмены закона в порядке конституционного судопроизводства или через смену ранее высказанной правовой позиции). Установлено, что при оценке изменений в правовых позициях национальных судебных инстанций ЕСПЧ обращает внимание на то, смогли ли те обеспечить принцип правовой определенности. Кроме этого, утверждается, что сам Суд, за редкими исключениями, пытается оказывать своим правовым позициям именно обратное действие.

Ключевые слова: *ex tunc*, *ex nunc*, Европейский суд по правам человека, правовая позиция.

Honcharov V. Ex Tunc v. Ex Nunc: Precedents' Effect in Time (European Court of Human Rights Study)

Annotation. The article focuses on how the European Court of Human Rights assesses issues of time effect of national judicial decisions of a general impact, and which models of this action uses this Court. It is proposed to distinguish between two main models of such decisions in time – retroactive and non-retroactive. The choice between these models is due mainly attempts of the courts to divert adverse effects caused by changing of a certain steady legal situation (because of reversal of the law by constitutional justice agenda or by changing previously expressed legal position y highest courts). It is found that when assessing the change in the legal position of national courts ECHR mainly pays attention to whether they have managed to ensure the principle of legal certainty. In addition, we state that the Court itself, with rare exceptions, is trying to provide its legal positions only retroactive effect.

Study of effect in time of judgments with geneal impact on the materials of ECHR is useful primarily to enrich the experience of national courts. In particular, it must be concluded that the Supreme Court of Ukraine and the Constitutional Court of Ukraine should pay more attention to the means used by the ECHR to soften the shift in its case law. Pointing on the lack of consensus on an issue at hand among the states and leaving some legal issues within the margin of appreciation of the states is a kind of gesture the ECHR gives to get the states know that its case law will evolve. This, in turn, gives the signal to member states that they should be ready to retrospective changes in the practice of the ECHR.

Key words: ex tunc, ex nunc, European Court of Human Rights, the legal position.

ОСОБЛИВОСТІ АРГУМЕНТУВАННЯ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ (до характеристики методологічних підходів)



Т. ДУДАШ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

Правоаргументувальна діяльність є актуальним предметом дослідження з огляду на те, що вона пронизує всі сфери юридичного регулювання. На розуміння правової аргументації, що втілилася у формуванні низки методологічних підходів до нього, вплинув розвиток підходів до розуміння будь-якої аргументації. В Україні, яка входила до складу Радянського Союзу, аж до початку XXI ст. домінував, як відомо, переважно формально-логічний (дедуктивістський) підхід до дослідження аргументації [1]. Натомість, у західних країнах на основі вже неформальної логіки сформувалася окрема (відносно самостійна) теорія аргументації. Тому є нагальна потреба досліджувати правове аргументування (як різновид діяльності) та правову аргументацію (як результат такої діяльності, втілений у сукупності чи системі аргументів) у загальнотеоретичному напрямі з урахуванням напрацювань неформальної логіки. На окреме дослідження заслуговує аргументувальна діяльність Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ, Суд), яку він здійснює у процесі тлумачення та застосування

Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція).

Результат такої діяльності Суду містять його рішення, які мають подвійну юридичну природу — і правотлумачного, і правозастосовного акта. Як і будь-який суд, ЄСПЛ виконує обов'язок умотивовувати свої рішення, зазначивши його підстави. Ба більше, рішення Суду у багатьох випадках є зразком викладення фактів у справі та структурування й обрання прийнятних аргументів. Як зазначено у дослідженнях аргументувальної діяльності Суду, її вагомість обумовлена тим, що: 1) ЄСПЛ охоплює всю Європу у такій важливій сфері, як права людини; 2) Суд Європейського Союзу (далі — ЄС) використовує ті самі моделі аргументування, що й ЄСПЛ; 3) те, що триває процес приєднання ЄС до Конвенції, ще більше посилить значущість моделей аргументування ЄСПЛ; 4) Міжамериканська та Африканська регіональні угоди про захист прав людини запровадили суди, подібні за своєю структурою до ЄСПЛ, котрі використовують подібні до нього формулювання та моделі аргументування;

5) окремі конституційні суди використовують дискурсні висловлювання, подібні до тих, що їх використовує ЄСПЛ [2, 23].

Підходи до розуміння правової аргументації. Для з'ясування особливостей правового аргументування та аргументації ЄСПЛ необхідно насамперед виробити певні методологічні положення для відповідного аналізу. Для цього знадобляться положення загальної теорії аргументації та теорії правової аргументації, розроблені у працях таких науковців, як Ф. Ван Ємюрен [3], Ю. Габермас [4, 26], К. Тіндаль [5, 3–4], Л. Бермеджо-Луку [6, 3], Е. Фетеріс [7, 10–15] та ін. Взагалі кажучи, дослідження правової аргументації може мати філософський, теоретичний, емпіричний та аналітичний компоненти (рівні). Філософський компонент обумовлений концепцією раціональності, до якої схиляється дослідник («геометричною» — аргументація створена на безспірній основі й у логічно досконалий спосіб; «антропологічною» — аргументація ґрунтується на тому, що вважають раціональним члени певної комунікативної спільноти; «критичною» — аргументація заснована на систематичній перевірці прийнятності усіх аргументувальних кроків). Та чи інша концепція раціональності обумовлює теоретичну модель аргументування (відповідно, логічну (спрямована на напрацювання універсальних стандартів оцінки того, чи аргументація гарантує, що точка зору, яку відстоюють, є правильною, якщо є правильними засновки), риторичну (виявляє ті властивості аргументувального дискурсу, котрі відіграють життєво важливу роль у переконанні аудиторії в прийнятності певної точки зору, і залежить від контексту аргументування) чи діалектичну/діалогічну (діалектичної процедури для систематичної перевірки прийнятності певної точки зору, у якій (процедурі) відбувається обмін аргументами й критичними відповідями за пра-

вилами діалектичної дискусії)). Остання, у свою чергу, є основою відбору фактів для дослідження аргументувальної діяльності [3, 9].

Е. Фетеріс звернула увагу на ще один методологічно важливий момент у дослідженні правової аргументації. Вона погоджується з іншими дослідниками правової аргументації (зокрема з Р. Алексі та Н. МакКорміком) і розмежовує поняття «контекст виявлення» («*context of discovery*») та «контекст виправдання» («*context of justification*»). Контекст виявлення стосується процесу пошуку правильного рішення, а контекст виправдання стосується виправдання рішення та стандартів оцінки, які використовують в оцінюванні рішення [7, 10]. Це положення, гадаємо, є методологічно важливим для дослідження правової аргументації з огляду на те, що не всі підходи однаковою мірою є придатними для дослідження аргументації в «контексті виявлення» та в «контексті виправдання».

Усі названі вище дослідники — з огляду на зазначене методологічне підґрунтя — ведуть мову про три підходи до дослідження та розуміння загальної аргументації — логічний, риторичний та діалектичний. У своїй праці з розвитку теорій правової аргументації Е. Фетеріс також говорить про три підходи до дослідження й розуміння правової аргументації — логічний, риторичний та діалогічний (що є синонімом до діалектичного у значенні, вжитому Ф. Ван Ємюреном, — в основі цього підходу є дискусія). До логічного підходу вона включає ті теорії, які ґрунтуються на системах логіки силогізмів, предикативної, деонтичної, логіки висловлювань та діалогічної логіки (Т. Бенч-Капон, Дж. Фулда, Г. Йошино та ін.).

Крім того, до логічних підходів (хоча й не у суто дедуктивістському напрямі) тяжіють концепції правової аргументації Н. МакКорміка та Р. Дворкіна [8, 377–402]. До риторичного, що ґрун-

тується на змісті аргументів та залежності їхньої прийнятності від контексту, крім риторики (Х. Перельман та його послідовники — М. Манелі, Дж. Макау, Дж. Шуц; С. Тулмін і його послідовники — К. Снідейкер, М. Генкет та П. Ван ден Гувер, входить і топічний підхід (Т. Вівер)). Він виходить із того, що аргументи потрібно шукати з-поміж загально визнаних точок зору, які можуть переконати аудиторію, прикладами ж правових топів слугують правові принципи справедливості, рівності тощо.

А діалогічний підхід, у якому правову аргументацію розглядають під кутом зору процедури дискусії, у якій правову позицію відстоюють відповідно до певних правил критичної дискусії, у свою чергу, включає теорії/концепції правової аргументації таких дослідників, як А. Аарніо, Р. Алексі, Р. Печеніка. У межах діалогічного підходу Е. Фетеріс виокремлює прагма-діалектичний підхід, до якого відносить себе та інших представників нідерландської школи правової аргументації — Г. Янсена, Г. Клустеріуса та Дж. Плага [7, 15–21].

На відміну від позиції зазначених вище дослідників, яка ґрунтується на чіткій й переконливій методологічній основі, інші варіанти виокремлення підходів до розуміння й дослідження правового аргументування та аргументації, не є цілком переконливими (такі варіанти запропоновані у працях Р. Алексі [9, 446–456], М. Атієнзи [10, 51–52], Є. Стельмаха та Б. Брожека [11, 145], М. Козюбри [12, 4–8], В. Кістяника [13, 20–22], К. Каргіна [14, 6–12, 24–25]).

Види правового аргументування та правової аргументації. Правове аргументування та правову аргументацію можна класифікувати за різними критеріями. Чи не найретельніше до питання про класифікацію правової аргументації підійшов П. Рабінович, запропонувавши вирізняти її за 12 різними критеріями [15, 15–16].

Наголосимо, що правову аргументацію та правове аргументування можна класифікувати й за іншими критеріями. Важливе методологічне значення для дослідження прояву підходів до розуміння і дослідження правового аргументування й аргументації у практиці ЄСПЛ має критерій класифікації *за підходами до розуміння і дослідження правового аргументування*, що дозволяє виокремити логічну, риторичну та діалектичну правову аргументацію й аргументування. Більше того, цей класифікаційний критерій є важливим і з огляду на те, що дозволяє поставити питання про питому вагу видів правового аргументування й аргументації (логічного, риторичного та діалектичного) у різних сферах юридично-регулятивної діяльності (правотворчій, правозастосовній, правотлумачній). Відповідь на це питання потребує детального аналізу кожної зі сфер юридично-регулятивної діяльності крізь призму аргументувальних процесів, котрі у ній здійснюються, що неодмінно становитиме предмет подальших досліджень. При першому ж наближенні зазначимо, що питома вага різних видів аргументування є різною на різних стадіях правотворчості, правозастосування і правотлумачення. Наприклад, стосовно правотворчості, на стадії розроблення проекту джерела права важливим є логічне аргументування, яке може і не набути об'єктивування, але слугує основою складання нормопроекту. На стадії прийняття проекту у процесі його обговорення «вмикають» діалектичне та риторичне аргументування. Аргументування у правотворчості здійснюють у «контексті виявлення», тобто для пошуку оптимального правового регулювання.

У процесі правозастосування, насамперед судового, на стадіях, що передують ухваленню рішення у справі та оформленню його в акті застосування права, встановлення юридично значущих фактів та пошуку норми чи норм, котрі

треба застосувати, можуть «вмикати» як логічне, так і риторичне й діалектичне аргументування. Логічне аргументування застосовують у так званих «легких справах», у яких засобів формальної логіки достатньо, аби застосувати норму до фактів. «Важка справа» не може бути вирішена засобами формальної логіки, а потребує використання, зокрема, засобів аналогії, неklasичної логіки, соціальних аргументів, аргументів з наслідків, з прикладу та ін. Для правозастосування у таких справах крім логічного аргументування застосовують ще й діалектичне та риторичне аргументування: діалектичне аргументування здійснюють у змагальному процесі, у якому сторони представляють аргументацію своєї позиції, можуть змінювати її під впливом аргументації протилежної сторони, а правозастосувач, заслухавши аргументи сторін як щодо фактів, так і щодо права, виробляє власну аргументацію стосовно того, які факти є юридично значущими та які норми (норму) потрібно застосувати. Це стадія «контексту виявлення» — пошуку правильного рішення у процесі аргументування. На стадіях ухвалення рішення у справі та оформлення його у правозастосовному акті правозастосувач об'єктивує своє правове аргументування у правову аргументацію, створюючи мотивацію рішення у справі, з якої прямо має випливати резолютивна частина рішення. Ці стадії є стадіями «контексту виправдання» — виправдання правильності, прийнятності й переконливості аргументації у рішенні правозастосувача.

У процесі правотлумачення — з'ясування та роз'яснення — домінує логічне аргументування вибору того чи іншого варіанта тлумачення норми права з риторичним аргументуванням (у перельманівському розумінні риторичного підходу як такого, що приділяє особливу увагу змісту аргументів та залежності їхньої переконливості від

контексту — хто і для чого здійснює аргументування у правотлумаченні). У процес офіційного тлумачення-роз'яснення «підключене» й діалектичне аргументування, адже таке тлумачення здійснюють у певному процесуальному порядку, де неодмінно відбувається обмін аргументами у процесі раціональної дискусії. Тобто у тлумаченні-з'ясуванні логічне й риторичне аргументування використовують у «контексті виявлення», а для офіційного тлумачення-роз'яснення придатне ще й діалектичне аргументування, яке використовують у «контексті виправдання».

Прояв підходів до розуміння й дослідження правової аргументації в аргументувальній діяльності Суду.

Для того аби з'ясувати прояв підходів до розуміння й дослідження правової аргументації у діяльності ЄСПЛ, необхідно відповісти на запитання: яка питома вага логічного, діалектичного та риторичного видів правового аргументування й аргументації у правозастосуванні й правотлумаченні ЄСПЛ? Про питому вагу різних видів правового аргументування можна вести мову з огляду на стадії правозастосування Суду, а про питому вагу видів правової аргументації — з урахуванням тих аргументів, які будує ЄСПЛ.

Правозастосовна діяльність ЄСПЛ має свою специфіку як з огляду на здійснення і тлумачення ним Конвенції крізь призму своєї практики, так і з урахуванням того, що для її застосування він враховує положення національного та міжнародного права, які стосуються справи. Це, насамперед, впливає на стадію встановлення юридично значущих фактів та пошуку норми права, яку треба застосувати. З огляду на те, що зазвичай процедура розгляду справ у ЄСПЛ є письмовою, у ній можна чітко простежити обмін аргументуванням кожної зі сторін, що неодмінно включає діалектичне правове аргументування — процедури дискусії, у якій

правову позицію відстоюють відповідно до певних правил критичної дискусії, якими слугують правила розгляду справи Суду. Тому не випадково аргументування під час правозастосування ЄСПЛ, втілене у тексті його рішення, називають «структура дискурсу в ЄСПЛ» [2, 23]. Нерідко Суд, який, до речі, у цій ситуації виступає у ролі правової аудиторії у перельманівському розумінні¹, доводиться оцінювати правдоподібність фактів у ситуації, коли версії подій держави-відповідача та заявника не збігаються, й аргументувати, якій саме версії слід віддати перевагу (див., наприклад, пункти 9–14 рішення Суду у справі від 26 липня 2012 р. «*Savitskyu проти України*»). У таких ситуаціях, якщо доказова аргументація виявиться непридатною, Суд може застосувати риторичний підхід, оцінивши зміст та переконливість аргументів кожної зі сторін щодо фактичних обставин.

У правозастосуванні ЄСПЛ до пошуку норми Конвенції, яку треба застосувати, додано пошук — висловлюючись термінологією Суду — загального принципу (*general principle*) тлумачення й застосування, який вироблений у його практиці. Саме заявник у заяві до Суду надає аргументацію того, чому вона є прийнятною для розгляду ЄСПЛ, які саме статті Конвенції, на його думку, порушені і чому, зазначаючи те, що Суд називає загальними принципами, а також норми національного права, міжнародних договорів та будь-які інші положення ненормативного характеру, які стосуються конкретної справи (доповіді, аналітичні звіти, прикінцеві зауваження, експертні висновки тощо; див., наприклад, пункти 55–79 рішення Суду у справі від 15 травня 2012 р. «*Kaverzin проти України*»). Держава-відповідач зазвичай заявляє та надає аргументацію того, що заява є непринятною і безпідстав-

ною з огляду на національне право, адміністративну та судову практику та практику Суду. ЄСПЛ оцінює переконливість і прийнятність аргументації сторін, надаючи своє власне аргументування щодо прийнятності та щодо ймовірного порушення Конвенції через застосування загальних принципів до тієї справи, яку він розглядає, зв'язуючи юридично значущі факти з правом шляхом побудови різноманітних за формою та змістом аргументів. З огляду на зазначене, у практиці ЄСПЛ визначальними можна вважати саме діалектичне та риторичне правове аргументування, у яких критеріями доладності слугують прийнятність і переконливість аргументації.

Через специфіку правозастосування і правотлумачення ЄСПЛ, а саме через необхідність застосовувати Конвенцію крізь призму фактів у справі, практики Суду, національного та міжнародного права й практики, інших документів, які стосуються справи, логічне правове аргументування, насамперед у його формально-логічному варіанті, не є визначальним в аргументувальній діяльності ЄСПЛ. Виняток становлять хіба що так звані «клонові» справи, у яких Суд не наводить аргументування, а лише зазначає, у яких попередніх аналогічних, чи навіть ідентичних, справах воно міститься. У таких справах формальному застосуванню підлягає ціла аргументувальна конструкція. Зрештою зауважимо, що таке співвідношення видів правового аргументування стосується як «контексту виявлення» — становлення юридично значущих фактів та пошуку норм і принципів, які треба застосувати. На стадіях ухвалення рішення у справі та оформлення його у рішенні ЄСПЛ останній об'єктивує своє правове аргументування у правову аргументацію, створюючи мотивацію рішення у справі, з якої

¹ Правова аудиторія, згідно з Х. Перельманом, може бути трьох типів: 1) сторони спору; 2) фахівці-юристи; 3) громадськість; а всі три вони разом становлять уявну аудиторію, яка є наріжним каменем розумності для судді (*the touchstone of reasonableness for the judge*) [16].

прямо впливає резолютивна частина рішення. Ці стадії є стадіями «контексту виправдання» — виправдання правильності, прийнятності й переконливості аргументації у рішенні Суду. Ми бачимо результат аргументування в аргументації суду, що міститься у таких структурних частинах його рішень, як «Оцінка Суду». Така аргументація може бути як логічною, так і риторичною правовою аргументацією. Продемонструємо це на прикладах аргументації Суду.

Для цього звернемося до спеціальних досліджень аргументувальної діяльності ЄСПЛ, автори яких намагалися встановити, які ж аргументувальні конструкції (схеми) найчастіше будує Суд. Автори дослідження проаналізували 45 рішень, ухвалених у 2006 р., відштовхуючись від 25 аргументувальних схем, які запропонував Д. Волтон, не ставили питання про їхню видову належність та допускали певний відсоток помилок, що пов'язані зі складністю ідентифікації схем аргументування [2]. Щоправда, у вказаному дослідженні немає прикладів використання аргументів із конкретних рішень Суду, тому у цій статті ми підібрали такі приклади для ілюстрацій різних аргументувальних конструкцій.

Основним аргументом з-поміж тих, які будує Суд, розглядаючи кожну справу, є «*аргумент зі встановленої норми*» (19,6 %). Він будує відповідну аргументувальну конструкцію, підтверджуючи або спростовуючи аргумент заявника про порушення певної норми Конвенції. Другою за важливістю аргументувальною конструкцією Суду автори дослідження вважають «*аргумент із прецеденту*» (6,1 %), особливістю якого є те, що його використовують саме для об'єктивування результату тлумачення Конвенції у процесі правозастосування. Її Суд застосовує у поєднанні з аргументами зі встановленої норми, з огляду на те, що саме прецедент встановлює прави-

ло (загальний принцип (*general principle*), який застосовує Суд) (див., наприклад, пункти 131–162 рішення Суду у складі Великої палати у справі від 16 червня 2015 р. «*Delfi AS проти Естонії*»). Ще однією аргументувальною конструкцією, яку використовує Суд у поєднанні з аргументом зі встановленої норми, є так званий «*аргумент вербальної класифікації*» (4,7 %), який дозволяє з'ясувати межі дії конвенційної норми та можливість її застосування до фактів у конкретній справі. Прикладом її використання є кваліфікація жорстокого поводження як катування шляхом встановлення ознак такого поводження з огляду на факти у справі. Щоправда, така конструкція є значною за обсягом, а її складові можуть бути далеко одне від одного у тексті рішення Суду (див., наприклад, пункти 119–125 рішення Суду у справі від 15 травня 2012 р. «*Kaverzin проти України*»). Наступною аргументувальною конструкцією, яку застосовує Суд, є «*аргумент з позиції знання*». У практиці ЄСПЛ вона набула форми «доктрини свободи розсуду держави» і втілює певний моральний і культурний релятивізм у застосуванні прав людини — органи влади можуть краще оцінити те, що є прийнятним для певного суспільства і як краще впроваджувати права людини у конкретній країні та культурному середовищі. Зазвичай цей аргумент також застосовують разом із «аргументом зі встановленої норми», бо «доктрина свободи розсуду» давно є одним із загальних принципів тлумачення і застосування різних норм Конвенції (ці аргументувальні конструкції Суд використав у пунктах 131–162 вже згаданого рішення у справі «*Delfi AS проти Естонії*»).

Крім зазначених аргументувальних конструкцій, ЄСПЛ застосовує ще такі: аргумент зі знаку — 7,9 % (якщо представники держави затримують здорову особу, яку згодом знаходять мертвою,

на державу покладається обов'язок надати правдоподібне пояснення щодо причин настання смерті; див., наприклад, пункти 72–78 рішення Суду у справі від 23 червня 2011 р. «*Matushevskyy and Matushevska v. Ukraine*»), аргумент з прикладу — 5,2 % (Суд наводить приклад справи з практики Міжамериканського суду з прав людини як аргумент; пункти 94, 95, 138 рішення Суду у справі від 6 червня 2013 р. «*Sabanchiyeva and Others v. Russia*»), аргумент з наслідків — 8,2 % (оцінюючи, чи було втручання у право на повагу до приватного життя заявника, Суд зазначив, що внаслідок заборони поховати тіло родичів і знати місце поховання назавжди розривався зв'язок між заявниками та місцем розташування останків їхніх загиблих родичів; п. 138 згаданого рішення Суду у справі «*Sabanchiyeva and Others v. Russia*») та аргумент з аналогії — 21,6 % (стосується у практиці Суду порівняння правового регулювання того чи іншого питання у різних державах — учасниках Конвенції — наприклад, у справі «*Parrillo v. Italy*» (пункти 177–179 рішення Суду у складі Великої палати від 27 листопада 2015 р.) Суд порівнював, які держави законодавчо дозволяють, а які забороняють передачу людських ембріонів для наукових досліджень, вирішуючи ймовірність порушення ст. 8 Конвенції у зв'язку з такою заборонаю в Італії). Перелік зазначених аргументувальних конструкцій, які використовує ЄСПЛ, не є вичерпним.

За результатами дослідження того, які саме методологічні підходи до розуміння та дослідження правової аргументації й аргументування можна простежити у практиці ЄСПЛ, можна дійти таких висновків.

1. Методологічні положення загальної теорії аргументації дають підстави для виокремлення трьох підходів до розуміння й дослідження правової аргументації, що й до дослідження аргументації загальної, а саме: логічного, риторичного й діалектичного/діалогічного. Критерієм виокремлення саме цих трьох підходів є якісно відмінні концепції раціональності та теоретичні моделі аргументації, що лежать в їхній основі. Крім того, для них властиві свої власні емпірична, аналітична й практична складові. І кожен із них все одно зорієнтований на дослідження «контексту виявлення» (аргументування), або ж «контексту виправдання» (аргументації).

Ці підходи послуговуються різними стандартами (критеріями) доладності (*soundness*)¹ аргументації. Для логічного підходу таким критерієм слугує лише істинність (правильність) аргументації. Для риторичного — винятково переконливість аргументації. Для діалектичного (діалогічного) — прийнятність аргументації для сторін. Хоча ці стандарти не виключають один одного і можуть поєднуватися у конкретних аргументувальних ситуаціях, зокрема і в аргументувальній діяльності ЄСПЛ.

2. Від підходів до розуміння й дослідження правової аргументації та правового аргументування необхідно відрізнити види правової аргументації та аргументування. Останні є результатом логічної операції класифікування, яку можна здійснювати за різними критеріями та яка дозволяє поглибити розуміння змісту й обсягу понять про правове аргументування та правову аргументацію. Одним із методологічно важливих критеріїв класифікації є саме підхід до розуміння і дослідження правового аргументування та аргументації,

¹ Вважаємо, що українське слово «доладність» найточніше відповідає англійському «*soundness*»; значення першого: 1) який приємно, красиво звучить; 2) такий, що відповідає певним вимогам [17]. Англійська терміносполука «*soundness of argumentation*» позначає родові поняття щодо понять правильності, переконливості та прийнятності аргументації у логічному, риторичному та діалектичному підходах відповідно. Тому її переклад як доладність аргументації — відповідність аргументації певним вимогам — різним у різному із зазначених підходів вважаємо найточнішим.

за яким можна виокремити логічну, риторичну та діалектичну (діалогічну) аргументацію й аргументування. Завдяки цьому класифікаційному критерію можна поставити питання про питому вагу різних видів аргументації й аргументування у різних сферах юридично-регулятивної діяльності — у правотворчості, правозастосуванні та правотлумаченні. Логічне аргументування й аргументація домінують на стадії розроблення проекту джерела права у правотворчості, тлумачення-з'ясування — у правотлумаченні та при вирішенні так званих «простих справ» на стадії встановлення юридично значущих фактів та пошуку норми, котру треба застосувати у судовій правозастосовній діяльності. Риторичне аргументування й аргументацію, що особливо увагу приділяють змісту аргументів та залежності їхньої прийнятності від контексту, використовують на стадії обговорення проекту джерела права у правотворчості, тлумачення-роз'яснення — у правотлумаченні та на стадії встановлення юридично значущих фактів і пошуку норми, котру треба застосувати у судовій правозастосовній діяльності. Діалектичне правове аргументування можуть використовувати на стадії обговорення проекту джерела права у процесі правотворчості; неодмінно застосовують у судовому правозастосуванні на стадії встановлення юридично значущих фактів та пошуку норми, котру треба застосувати, а також в офіційному тлумаченні норм права.

3. На жаль, прихильники різних підходів до розуміння й дослідження правової аргументації, насамперед зарубіжні, зазвичай не пропонують визначення процесу та результату аргументування крізь призму певного підходу. З огляду на важливість чіткого розмежування цих підходів для подальшого дослідження правової аргументації, спробуємо запропонувати відповідні визначення. Згідно з логічним підходом *правове аргументування* — це мовне

обґрунтування (мотивування) шляхом доведення через наведення аргументів (доводів) щодо певного юридично значущого питання відповідно до логічних правил істинності. *Правова аргументація* — це система аргументів, використаних для доведення певного юридично значущого питання відповідно до логічних правил істинності.

Відповідно до риторичного підходу *правове аргументування* — це спосіб впливу на правову аудиторію шляхом застосування комунікаційних та взаємодійних засобів, переконливість яких залежить від контексту аргументувальної ситуації, у якій здійснюють аргументувальний дискурс щодо юридично значущих питань. *Правова аргументація* — це результат такого впливу, втілений у системі аргументів, побудованих з метою переконання правової аудиторії у процесі аргументувального дискурсу в підставності точки зору щодо певних юридично значущих питань.

Згідно з діалектичним (діалогічним) підходом *правове аргументування* — це форма раціональної комунікації декількох суб'єктів — носіїв незбіжних оцінок (інтерпретацій) для досягнення у процесі взаємної дискусії консенсусу щодо прийнятності юридично значущих висновків. *Правова аргументація* — це результат цього процесу, тобто досягнутий внаслідок такої дискусії консенсус щодо прийнятності юридично значущих питань. Тут засобами (інструментами) також слугують аргументи, але на перший план виходять не вони, а власне раціональний дискурс та його правила (що і відображено у сформульованих дефініціях).

4. У практиці ЄСПЛ як практичній діяльності з правового аргументування у процесі правозастосування і правотлумачення можна простежити такі види правового аргументування, як діалектичне, риторичне та логічне. На стадії встановлення юридично значущих фактів та пошуку права, яке необхідно

застосувати у справі, домінують діалектичний та риторичний підходи, а на стадіях прийняття та оформлення рішення — риторичне правове аргументування у поєднанні з логічним, що втілене у відповідній аргументації. Водночас на стадіях встановлення юридично значущих фактів та пошуку права Суд здійснює правове аргументування у «контексті виявлення», а на стадіях прийняття та оформлення рішення — у «контексті виправдання», що й обумовлює різне співвідношення підходів до аргументування.

5. Результати аргументувальної діяльності ЄСПЛ втілені в аргументації його рішень. Використані Судом види правового і позаправового аргументування впливають на зміст аргументів (аргументувальних конструкцій, схем) як засобів аргументування, які він застосовує. Аргументувальні конструкції, які використовує Суд,

стали предметом емпіричного дослідження, проведеного в Бельгії у 2007–2009 рр. Крім «аргументів зі встановленої норми», ЄСПЛ використовує такі аргументи, як «аргументи з прецеденту», «аргументи з вербальної класифікації», «аргументи з аналогії», «аргументи з наслідків», «аргументи з прикладу», «аргументи зі знаку» та ін. Використання такого різноманіття аргументувальних схем підтверджує, що в аргументувальній діяльності Суду домінує риторичний вид правового аргументування. Адже саме це дозволяє не обмежуватися використанням дедуктивних аргументів, доказовою аргументацією, а використовувати й так звані презумпційні аргументи, недоказові аргументи. Хоча важливе значення теж зберігають і логічне та діалектичне правове аргументування.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Гончаров А. Ю. Логіка і теорія аргументації: формальний і неформальний підходи : дис. ... канд. філос. наук. — К., 2003. — 174 с.
2. Mochales Palau R., Ieven A. Creating an argumentation corpus: do theories apply to real arguments? A case study on the legal argumentation of the ECHR // Proceedings of the Twelfth International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2009). — Barcelona, 2009 (8–12 June 2009). — P. 21–30.
3. *Handbook of Argumentation Theory* / Frans H. van Eemeren, Bart Garssen, Erik C. W. Krabbe, A. Francisca Snoeck Henkemans, Bart Verheij, Jean H. M. Wagemans. — Dordrecht, 2014. — 991 p.
4. Habermas J. The theory of communicative action. — Boston, 1984. — Vol. I: Reason and the rationalization of society / trans: T. McCarthy. — 562 p.
5. Tindale C. W. Acts of arguing: A rhetorical model of argument. — Albany ; NY, 1999. — 245 p.
6. Bermejo-Luque L. *Giving Reasons. A Linguistic-Pragmatic Approach to Argumentation Theory* // Argumentation Library. — 2011. — № 20.
7. Feteris E. Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions // Argumentation Library. — 1999. — Vol. 1. — 225 p.
8. La Torre M. Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation // Ratio Juris. — 2002. — Vol. 15. — № 4. — P. 377–402.
9. Алекси П. Юридическая аргументация как рациональный дискурс / пер. с нем. М. В. Антонова // Российский ежегодник права. — 2008. — № 1. — С. 446–456.
10. Щербина О. Ю. До питання про розуміння аргументації у логіко-юридичних дослідженнях // Гуманітарні студії. — 2014. — Вип. 21. — С. 45–53.
11. Stelmach J., Brożek B. Methods of Legal Reasoning // Law and Philosophy Library. — 2010. — Vol. 78. — 236 p.
12. Козюбра М. І. Моделі (типи) юридичної аргументації // Наукові записки НаУКМА. — 2013. — Т. 144–145. — С. 3–8. — (Серія «Юридичні науки»).
13. Кістяник В. І. Правова аргументація: сучасні підходи до її розуміння в зарубіжних дослідженнях // Наукові записки НаУКМА. — 2012. — Т. 129. — С. 20–22. — (Серія «Юридичні науки»).
14. Каргин К. В. Понятие и элементы юридической аргументации : моногр. — Н. Новгород, 2011. — 68 с.
15. Рабинович П., Дудаш Т. Правова аргументація: терміно-поняттєвий інструментарій дослідження // Вісник НАПРН України. — 2016. — № 2. — С. 8–20.
16. Perelman Ch. Logika prawnicza. Nowa retoryka [Legal Logic. New Rhetoric]. — Warszawa, 1984. — 239 p.
17. Доладний [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://lcorp.ulif.org.ua/ExplS/>.

REFERENCES

1. Honcharov A. Iu. Lohika i teoriia arhumentatsii: formalnyi i neformalniy pidkhody [Logic and theory of the argument: formal and informal approaches], Kyiv, 2003, 174 p.
2. Mochales Palau R., Ieven A. Creating an argumentation corpus: do theories apply to real arguments? A case study on the legal argumentation of the ECHR, *Proceedings of the Twelfth International Conference on Artificial Intelligence and Law (ICAIL 2009)*, Barcelona, 2009 (8–12 June 2009), pp. 21–30.
3. Handbook of Argumentation Theory, Dordrecht, 2014, 991 p.
4. Habermas J. The theory of communicative action, Boston, 1984, vol. I, 562 p.
5. Tindale C. W. Acts of arguing: A rhetorical model of argument, Albany; NY, 1999, 245 p.
6. Bermejo-Luque L. Giving Reasons. A Linguistic-Pragmatic Approach to Argumentation Theory, *Argumentation Library*, 2011, no. 20, 220 p.
7. Feteris E. Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on Justification of Judicial Decisions, *Argumentation Library*, 1999, vol. 1, 225 p.
8. La Torre M. Theories of Legal Argumentation and Concepts of Law. An Approximation, *Ratio Juris*, 2002, vol. 15, no. 4, pp. 377–402.
9. Aleksi R. Yuridicheskaya argumentatsiya kak ratsionalnyy diskurs [Legal argument as rational discourse], *Rossiyskiy ezhegodnik prava*, 2008, no. 1, pp. 446–456.
10. Shcherbina O. Iu. Do pytannia pro rozuminnia arhumentatsii u lohiko-iurydychnykh doslidzhenniakh [To a question of understanding of the argument in logiko-legal researches], *Humanitarni studii*, 2014, Issue 21, pp. 45–53.
11. Stelmach J., Brozek B. Methods of Legal Reasoning, Law and Philosophy Library, 2010, vol. 78, 236 p.
12. Koziubra M. I. Modeli (typy) iurydychnoi arhumentatsii [Models (types) of the legal argument], *Naukovi zapysky NaUKMA*, 2013, vol. 144–145, pp. 3–8.
13. Kistianyk V. I. Pravova arhumentatsiia: suchasni pidkhody do її rozuminnia v zarubizhnykh doslidzhenniakh [Legal argument: modern approaches to her understanding in foreign researches], *Naukovi zapysky NaUKMA*, 2012, vol. 129, pp. 20–22.
14. Kargin K. V. Ponyatie i elementy yuridicheskoy argumentatsii [Concept and elements of the legal argument], NizhniyNovgorod, 2011, 68 p.
15. Rabinovych P., Dudash T. Pravova arhumentatsiia: termino-poniattievyi instrumentarii doslidzhennia [Legal argument: conceptual tools of a research], *Visnyk NAPrN Ukrainy*, 2016, no. 2, pp. 8–20.
16. Perelman Ch. Logika prawnicza. Nowa retoryka [Legal Logic. New Rhetoric], Warszawa, 1984, 239 p.
17. Doladnyi [Folding]. Available at: <http://lcorp.ulif.org.ua/ExplS/>.

Дудаш Т. І. Особливості аргументування рішень Європейського суду з прав людини (до характеристики методологічних підходів)

Анотація. У статті схарактеризовано основні методологічні підходи до розуміння й дослідження правової аргументації та їхній прояв в аргументувальній діяльності Європейського суду з прав людини. За результатами аналізу методологічного підґрунтя для виокремлення підходів до розуміння й дослідження правової аргументації встановлено підставність виокремлення логічного, риторичного та діалектичного (діалогічного) підходів. Виявлено, що у правозастосовній діяльності ЄСПЛ використовує всі зазначені підходи через засоби аргументування – аргументи, які він вибудовує.

Ключові слова: правова аргументація, правове аргументування, аргументувальна конструкція, риторичний підхід, діалектичний підхід, логічний підхід.

Дудаш Т. И. Особенности аргументирования решений Европейского суда по правам человека (к характеристике методологических подходов)

Аннотация. В статье охарактеризованы основные методологические подходы к пониманию и исследованию правовой аргументации, а также их проявление в аргументационной деятельности Европейского суда по правам человека. В результате анализа методологической основы подходов к пониманию и исследованию правовой аргументации продемонстрирована основательность вычленения логического, риторического и диалектического (диалогического) подходов. В правоприменительной деятельности ЕСПЛ нашли проявление все упомянутые подходы посредством используемых им средств аргументирования – аргументов, которые он конструирует.

Ключевые слова: правовая аргументация, правовое аргументирование, аргументационная конструкция, риторический подход, диалектический подход, логический подход.

Dudash T. Peculiarities of Argumentation in Judgments of the European Court of Human Rights (the Overview of Methodological Approaches)

Annotation. The article covers main methodological approaches to legal argumentation as well as their performance in argumentation of the European Court of Human Rights. With regard

to methodology elaborated by theory of argumentation three approached to legal argumentation research are elucidated, namely logical approach, rhetorical approach and dialectical (or dialogical) approach. These approaches are based on three different concepts of rationality as well as on three different theoretical models of argumentation. The criteria of soundness of argumentation in these approaches are different: validity of argumentation in logical approach, persuasive force of argumentation in rhetorical approach and acceptability of argumentation for the parties in dialectical (dialogical) argumentation.

Legal argumentation of the European Court of Human Rights (the ECHR) is a part of law application and law interpretation of the ECHR. The ECHR argumentation activity is influenced with the above mentioned approaches to legal argumentation on different stages of its law application. It is embodied in the argument schemes used by the ECHR which are the following: argument from the established rule, argument from precedent, argument from position to know, argument of verbal classification, argument from analogy and others.

Key words: legal argumentation, argumentation scheme, rhetorical approach, logical approach, dialogical approach.

ТЕСТ НА НЕДИСКРИМІНАЦІЮ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ: ОЦІНЮВАЛЬНІ АСПЕКТИ



С. РАБІНОВИЧ
*доктор юридичних наук,
професор кафедри конституційного права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*



О. ПАНКЕВИЧ
*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри
адміністративно-правових дисциплін
(Львівський державний університет
внутрішніх справ)*

Згідно з усталеними в конституційній доктрині й судовій практиці підходами принцип рівності (недискримінації) належить до загальних правових засад, елементів верховенства права та системоутворюючих складових конституційно-правового статусу людини і громадянина. Нерідко недооцінюване значення цього принципу зумовлюється його зв'язком із природою нормативного правового регулювання, яке у більшості випадків передбачає диференціацію правових статусів окремих категорій осіб, що, в свою чергу, потенційно може породжувати питання про обґрунтованість,

виправданість встановлених розрізень.

Засада рівності може розумітися та захищатися по-різному, залежно від того, чи розглядається вона широко або вузько, застосовується для захисту особи чи групи осіб, як така, що забороняє певні види дискримінації, чи, натомість, вимагає рівного розподілу у суспільстві благ та обтяжень і встановлює обов'язок позитивних дій держави для забезпечення такого розподілу [1, 660]. Чималою мірою завдяки цьому як практика національного конституційного судочинства, так і практика Європейського суду з прав людини

(далі — ЄСПЛ, Суд) іноді засвідчують неабияку контроверсійність принципу рівності. Ще більш важливою причиною такої контроверсійності є те, що розуміння цього принципу та його використання в аргументації судових рішень зумовлюються й особистісними моральними установками та ціннісними орієнтаціями суддів, а також відмінними соціальними інтересами, виразниками яких вони, так чи інакше, виступають.

Хоча питанням тлумачення, забезпечення і розвитку принципу рівності й заборони дискримінації присвячені праці багатьох вітчизняних та зарубіжних дослідників, зокрема М. Козюка, Г. Мальцева, В. Нерсесянца, С. Погребняка, О. Уварової, Т. Фулей, Г. Христової, В. Четверніна, С. Шевчука, низка методологічно значущих аспектів застосування цих засад у судовій практиці залишається недостатньо висвітленою. Йдеться, зокрема, про ціннісно-оцінювальний характер вимоги рівності й недискримінації, зумовлений її тісним зв'язком із принципами справедливості й домірності (пропорційності) [2, 110].

Зважаючи на загально визнану й справді «неперевершену роль», що її відіграє Суд, «прокладаючи нові шляхи, встановлюючи нові орієнтири й стандарти у напрямі змістовного розширення інтерпретації основоположних прав і свобод» [3, 5], видається актуальною спроба епістемологічного аналізу методики розгляду ЄСПЛ справ щодо заборони дискримінації. Сподіваємося, такий аналіз не тільки підтвердить, що здійснюване Судом правосуддя «не байдуже до пристрастей» [4, 100], а й сприятиме уточненню базових правозастосовних алгоритмів, які можуть виявитися корисними для конститу-

ційного судочинства та й загалом для інтерпретації означеної категорії.

Пряма дискримінація і проблема ціннісного пізнання¹. На відміну від багатьох інших міжнародно-правових актів, у тексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція, ЄКПЛ) принцип рівності як такий прямо не відображений; натомість у її ст. 14 та ст. 1 Протоколу № 12 до неї йдеться про «заборону дискримінації».

Оскільки в сучасному європейському праві та юридичній доктрині йдеться не лише про пряму дискримінацію, а й про непряму, вимога недискримінації може розглядатись як, так би мовити, зворотний бік вимоги юридичної рівності, як її «негативне» формулювання. Водночас слід зауважити, що з огляду на відмінності рівності юридичної і фактичної, остання як ціннісна засада і як утопічний соціальний ідеал, звісно, не вичерпується самими лише недискримінаційними вимогами.

Найвідомішою розглянутою Судом справою, в якій було визначено основні принципи застосування ст. 14 Конвенції, стала «Справа про мови в Бельгії» (*The case «relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium»*, 1968 р.). Заявниками була група франкомовних батьків, чиїм дітям, виключно з причини місця проживання батьків, було відмовлено в доступі до шкіл із французькою мовою викладання, розташованих у шести комунах передмістя Брюсселя, де основною мовою спілкування була фламандська. У той же час до фламандських шкіл приймалися усі діти без винятку [5].

У цій справі серед критеріїв порушення ст. 14 Конвенції — так званих «елементів стандарту принципу

¹ Відоме в аналітичній філософії розрізнення тверджень про факти й оцінювальних суджень (принцип Г'юма) має наслідком розрізнення двох різновидів пізнання: а) ціннісно-оцінювального і б) ціннісно-нейтрального. В останньому випадку може йтися про широке розуміння «оцінювання». Ціннісним же є оцінювання у вузькому розумінні, а саме таке, результати якого не можуть бути емпірично перевірені на істинність (зокрема, моральне й естетичне). Натомість оцінювання неціннісне (економічне, психологічне, технічне тощо) допускає процедуру верифікації для перевірки істинності його результатів.

недискримінації» [1, 662; 6, 15] — Суд виокремив такі: 1) наявність «конкретних розрізень у поводженні, що стосуються <...> користування якимось із визнаних прав чи свобод»; 2) відсутність «об'єктивного та розумного обґрунтування» відмінностей у підході; 3) відсутність «розумної пропорції між використаними засобами і тією метою, для досягнення якої вони здійснювалися» [7, 223–224].

У більш пізніх прецедентах ЄСПЛ установив, що дискримінація означає різне поводження з людьми у порівняно аналогічних ситуаціях, не обумовлене жодними розумними чи об'єктивними причинами, що «ґрунтується на ознаці, яку можна ідентифікувати» («*Карсон та інші проти Сполученого Королівства*», п. 61). Вміщений у ст. 14 Конвенції перелік таких ознак не є вичерпним («*Енгель та інші (Engel) et al. проти Нідерландів*», п. 72; «*Джеймс та інші (James et al.) проти Сполученого Королівства*», п. 74).

Згідно з використовуваним Судом алгоритмом [6, 15–16], для констатації порушення заборони дискримінації слід встановити, що:

1) державний захід (дія чи бездіяльність), які оскаржуються, підпадають під сферу дії іншого матеріального положення Конвенції (ст. 14) або стосуються будь-якого передбаченого національним законом права (ст. 1 Протоколу № 12 до Конвенції);

2) існує розрізнення у поводженні порівняно з іншими особами, які перебувають в аналогічному становищі («тест на порівнянність» — «*comparability test*»). Цей елемент вимагає доведення того, що: а) поводження із заявником є суттєво відмінним і менш сприятливим, аніж з іншими; б) підставою для розрізнення є особиста характеристика (якість) або статус заявника, які належать до заборонених підстав дискримінації; в) інші особи, з якими заявник порівнює себе, перебувають в аналогічній ситуації;

3) таке розрізнення не має «розумного та об'єктивного» виправдання («тест на виправданість» — «*justification test*»). При цьому «наявність такого виправдання має оцінюватися з огляду на цілі та вплив заходу, що розглядається, зважаючи при цьому на принципи, які панують у демократичних суспільствах, передусім принцип пропорційності» («тест на пропорційність» — «*proportionality test*») («*Справа про мови в Бельгії*», п. 10).

Тест на пропорційність застосовується з урахуванням доктрини свободи розсуду держави, відповідно до якої насамперед остання уповноважена «визначити, чи виправдані, і якою мірою, юридичні відмінності в підході до осіб, які в усіх інших відношеннях перебувають в однакових ситуаціях. <...> Широта меж розсуду варіюється залежно від конкретних обставин, предмета спору і його контексту» (п. 40) [8]. Свобода розсуду зазвичай є широкою в питаннях, що стосуються загальних заходів економічної чи соціальної стратегії (див. рішення у справах: від 12 квітня 2006 р. «*Стек (Stec) та інші проти Сполученого Королівства*», пункти 51–52; від 29 квітня 2008 р. «*Бйорден (Burden) проти Сполученого Королівства*» п. 60); загалом у сфері моралі (рішення у справі від 17 липня 1986 р. «*Джонсон (Johnson) проти Сполученого Королівства*», п. 77); у сфері застосування дисциплінарних заходів в армії (рішення у справі від 8 червня 1976 р. «*Енгель (Engel) та ін. проти Нідерландів*», п. 72); однак є значно вужчою у ситуаціях дискримінації за етнічними чи національними ознаками (рішення у справі від 16 вересня 1996 р. «*Гагауз (Gaygusuz) проти Австрії*», п. 42). Іншими критеріями для визначення меж свободи розсуду є значущість об'єкта відповідної статті ЄКПЛ, наявність/відсутність консенсусу між державами — членами Ради Європи з певного питання (на думку деяких дослід-

ників, перший критерій є пріоритетним щодо другого) [9]; статус жертви державного втручання, зокрема її належність до меншин або інших найменш захищених категорій, зміст самого втручання, поведінка жертви втручання [10, 14–15]. Таким чином, питання про додержання меж розсуду держави виступає також предметом оцінювання, хоча й, зауважимо, не обов'язково такого, що має ціннісний характер.

Отже, перевірка дотримання стандарту недискримінаційного поводження передбачає використання складної логічної конструкції, в якій загальний алгоритм оцінки Судом правомірності втручання держави в право заявника трансформовано на основі включення до такого алгоритму питань, відповіді на які необхідні для оцінки ситуації заявника саме з огляду на додержання заборони дискримінації. При цьому, на відміну від типової загальної методики застосування більшості статей Конвенції, окреме з'ясування того, чи було дискримінаційне втручання «передбачене законом», при цьому не вимагається. Це пояснюється як відсутністю відповідної вимоги у ст. 14 Конвенції та Протоколі № 12, так і тим, що непряма дискримінація зазвичай ґрунтується якраз на законі.

Видається важливим, що встановлення порівнянності, виправданості та домірності передбачає ціннісне (насамперед моральне) оцінювання Судом обставин справи. З огляду на це їх застосування не може бути здійснене суто формально-логічним, «раціональним» способом [11, 8].

Спробуємо продемонструвати це щодо кожного з різновидів тестів.

1. Значення *тесту на порівнянність* складно переоцінити, оскільки висновок про непорівнянність взагалі виключатиме необхідність пошуку відповідей на всі наступні питання. Водночас переконливість результатів цього тесту істотно підкріплена вже тим, що висновок про порівнянність об'єктів або ж

про їх непорівнянність може бути зроблено лише в результаті їх порівняння. Ця добре відома компаративістам гносеологічна обставина підштовхує до припущення про те, що, відповідаючи на питання про порівнянність, Суд (який є автономним щодо національних держав та домінуючої в їхніх суспільствах громадської думки) змушений вдаватися до «певна річ зрозумілого», а отже, до позараціональних (інтуїтивних, емоційних, чуттєвих тощо) [12] пізнавальних засобів.

Підтвердженням слушності такого припущення можуть бути приклади ситуацій, які, на думку ЄСПЛ, не можуть порівнюватися у тому чи іншому аспекті: наприклад, націоналізація майна та його експропріація; націоналізація майна Францією і націоналізація майна Алжиром; офіцери високого рангу і нижчі чини; чоловіки й жінки стосовно обов'язкової цивільної служби; один із подружжя, що пережив іншого, і співмешканець (учасник фактичних шлюбних відносин), що пережив іншого; батьки й матері стосовно встановлення спорідненості; одружені чи неодружені гетеросексуальні пари і гомосексуали; чоловіки й жінки — гомосексуали; пацифісти, що відмовляються від цивільної служби з релігійно-етичних міркувань, і свідки Єгови — з огляду на надзвичайно суворі правила цієї секти; різні правові норми, що співіснують у різних районах однієї держави; іноземці з країн, що не є членами Європейського Союзу (далі — ЄС), та громадяни ЄС; шпигунство на користь Федеративної Республіки Німеччина і шпигунство на користь Німецької Демократичної Республіки [13, 646–647].

Ознайомлення з наведеними переліками свідчить, що висновок про порівнянність тут навряд чи міг бути зроблений суто логіко-раціональним шляхом, натомість неминуче мав би ґрунтуватися на певних ціннісних уявленнях та установках, що їх поділяє більшість

членів колегії суддів. При цьому, здійснюючи, на перший погляд, просту і нейтральну операцію порівняння, ЄСПЛ вже конструює «сфери релевантності» (А. Шютц), виявляє або ж створює певні соціально схвалювані або ж «нав'язані» типізації, здійснюючи «владу номінації» [14, 270, 297; 15, 27].

Так, у справі «*Расмюссен проти Данії*» заявник скаржився на те, що згідно із національним законом його право оспорити батьківство дитини, народженої в період, коли він був одружений, залежало від встановленого строку, в той час як його колишня дружина мала право вимагати встановлення батьківства дитини в будь-який час. ЄСПЛ розглянув аргументи уряду про те, що «чоловік і дружина не перебували в однаковій ситуації з точки зору можливості почати судовий процес про батьківство; їх ситуації та інтереси були багато в чому різні» (п. 36) [8]. (Аргумент, відзначимо, доволі сумнівний, оскільки на цьому етапі перевірки об'єктами оцінки виступає становище, в якому перебувають особи ще до того, як вони зазнали відмінного провадження.) З огляду на це, Суд зауважив, що немає необхідності «вирішувати це спірне питання, особливо з огляду на те, що інтереси, про які йдеться, були враховані при розгляді питання про відмінність у поводженні з паном Расмюссеном і його колишньою дружиною» (п. 37). Натомість Суд задовольнився «припущенням, що йдеться про осіб, які перебувають в однаковій ситуації» (п. 37) [8].

2. Тест на виправданість у практиці ЄСПЛ передбачає встановлення наявності/відсутності розумного й об'єктивного обґрунтування відмінностей у поводженні, які були виявлені на попередньому етапі. Становить методологічний інтерес співвідношення тесту на виправданість розрізень із перевіркою їх домірності, які в практиці ЄСПЛ тісно переплітаються. На нашу думку, виправданість відмінностей та їх домір-

ність можуть бути розрізнені за їх об'єктами. Так, якщо об'єктом оцінки на домірність звичайно слугує співвідношення розрізнявальних заходів із цілями таких розрізень, відшукання яких вимагає відповіді на запитання «для чого?», то, натомість, об'єктом оцінки на виправданість мають виступати співвідношення згаданих заходів із їх фактичними підставами, виявлення яких передбачає вже відповідь на запитання «чому?».

Відтак, гадаємо, що кваліфікація відмінностей як «об'єктивно обґрунтованих» вимагає з'ясувати соціальні причини їх запровадження і визнати їх достатньою підставою для встановлення відмінностей. Це, у свою чергу, потребує: а) виявлення деяких, специфічних для відповідних осіб (груп), якостей, характеристик чи інших обставин, що існують до оскаржуваних заходів і незалежно від них; б) встановлення зв'язку між такими обставинами, з одного боку, та розрізнявальними заходами — з другого (оцінка *релевантності* встановлених відмінностей); в) визнання того, що вжиті державою заходи можуть розглядатись як такі, що «розумно» пояснюються саме існуванням вказаних обставин, оскільки пов'язані з об'єктивними відмінностями між ситуаціями, в яких перебувають особи (групи). Оскільки ж сфери релевантності є культурно зумовленими ціннісно-смысловими утвореннями, оцінка виправданості теж має ціннісно-смысловий характер.

Водночас ознака «розумності» обґрунтування відмінностей може стосуватися також і майбутнього, вказуючи на соціальну доцільність встановлених розрізень. У цьому випадку «розумне обґрунтування» відмінностей потребуватиме оцінювання мети встановлених розрізень і відповідності між розрізнявальними заходами та їх метою (тест на домірність).

3. Кваліфікація відмінностей як *домірних* вимагає: а) виявлення цілей

запровадження відмінностей (легітимна мета); б) оцінку існування зв'язку між розрізнявальними заходами і такими цілями (доречність заходів); в) оцінку співмірності таких заходів поставленим цілям (домірність *in sensu stricto*) [16, 7].

Оцінка *домірності* передбачає зіставлення оскаржуваних заходів із метою з'ясування відмінностей. Таке зіставлення, як наголошував М. Вебер, лише у виняткових випадках може бути здійснено засобами, що допускають емпіричну перевірку: «Тільки там, де вирішується, який засіб буде найдоцільнішим для досягнення абсолютно однозначно поставленої мети, можна вважати, що справді йтиметься про питання, яке вирішується емпіричним шляхом. Твердження на кшталт: Х є єдиним засобом для досягнення Y — це лише зворотна форма твердження: Y випливає з Х» [17, 283, 293]. Тому відповідь на питання про співвідношення мети і засобів зазвичай є лише «справою вибору або компромісу» [17, 273–274].

Використання обох видів ціннісних оцінок («об'єктивного й розумного» виправдання відмінностей та їх «домірності») ілюструє рішення ЄСПЛ у справі «*Расмюссен проти Данії*», в якому вказується, що влада «мала право вважати, що встановлення граничних термінів для пред'явлення позову про невизнання батьківства було виправдано бажанням забезпечити юридичну визначеність і захистити інтереси дитини. <...> Різниця у підході ґрунтувалася на уявленні, що обмежені терміни подання позову були меншою мірою необхідні дружинам, аніж чоловікам, оскільки інтереси матері

зазвичай збігаються з інтересами дитини і в більшості випадків розлучення або роздільного проживання подружжя дитина залишається у матері <...>. Влада мала право припустити, що стосовно чоловіка мета буде досягнута найбільш задовільно за допомогою норми закону, в той час як відносно матері було достатньо залишити такі справи на розсуд судів, які підходили б до їх вирішення диференційовано» (п. 41). Прикметно, що тут ЄСПЛ не лише звертається до типових обставин сімейного життя, а й визнає виправданими вже самі по собі прагнення і припущення законодавця, а також соціальні уявлення, що стали підставою для запровадження відмінностей. Зрештою, ЄСПЛ у справі «*Расмюссен проти Данії*» вирішив, що, «з огляду на надані владі межі розсуду, вона не порушила принцип пропорційності» (п. 41) [8].

Концепція непрямой дискримінації: ціннісно-оцінювальний вимір. Новим етапом у розвитку ЄСПЛ інтерпретації поняття дискримінації стало його рішення у справі від 6 квітня 2000 р. «*Тлімменос проти Греції*», в якому зазначалося, що «право на захист від дискримінації у здійсненні гарантованих Конвенцією прав, [також] порушується при реалізації державою без об'єктивного та розумного виправдання *однакового підходу до осіб за абсолютно різних обставин*»¹ (курсив наш. — С. Р., О. П.) [18, 125–126].

На відміну від прямої дискримінації, непряма дискримінація є ситуацією, що виникає як результат застосування формально нейтрального критерію, правила чи практики². Непряма дискримінація є насамперед дискримінацією «об'єктивною», кваліфікованою

¹ Такий підхід являє собою певну формалізацію філософсько-правових положень, які висловлювали ще античні мислителі. Платон стверджував, що «будь-якій людині нелегко досягнути найбільш істинну і найкращу рівність, оскільки це — судження Зевса»; «...для нерівних рівне стало би нерівним, якщо б не дотримувалася належна міра» (Закони VI, 757 а-б). Аристотель у «Політиці» (1282 в 15 – 1283 в 20) застерігає суддів: «Справедливість, гадаємо, полягає в рівності <...>, але тільки не для всіх, а для рівних; і нерівність також видається справедливою <...> знову ж не для усіх, а лише для нерівних. Однак люди не беруть до уваги питання “для кого?” і тому *судять фальшиво*...» (курсив наш. — С. Р., О. П.).

² Термін «непряма дискримінація» ЄСПЛ вперше застосував у листопаді 2007 р. у рішенні Великої палати Суду у справі «*D. Н. та інші проти Чеської Республіки*» [19].

як така за соціальними наслідками формально рівного поводження й незалежно від намірів, якими керувалися органи і посадові особи держави. Такі особливості спричиняють виникнення презумпції дискримінації на підставі констатації Судом істотної відмінності становища осіб, щодо яких застосовано формально однаковий підхід, а отже, і перенесення тягаря доказування виправданості такої ситуації на державу.

У справі *«Тлімменос проти Греції»* заявнику було відмовлено у призначенні на посаду аудитора внаслідок наявності у нього судимості. При цьому судимість п. Тлімменоса була пов'язана з його релігійними переконаннями як члена організації свідків Єгови (відмова носити військову форму під час загальної мобілізації). На думку ЄСПЛ, на відміну від інших обвинувачень у серйозних кримінальних злочинах, така відмова не свідчить про нечесність або аморальність заявника, що не дозволяло б йому займати посаду аудитора. Відтак Суд вирішив, що однаковий підхід до заявника та інших осіб, засуджених за тяжкі злочини, не мав легітимної мети і порушив ст. 14 Конвенції у поєднанні зі ст. 9 (право на релігійну свободу).

В іншій, вельми резонансній справі *«D. Н. та інші проти Чеської Республіки»* заявники (18 ромів) стверджували, що зазнали дискримінації, оскільки в результаті розподілу до спеціальних шкіл отримали менш якісну освіту, ніж нециганські діти. Розподіл відбувався за результатами проходження тестів, однакових для усіх майбутніх учнів шкіл. У пункті 13 ухваленої у справі постанови Великої палати ЄСПЛ вказувалося: «Попри присутність циган у Європі, починаючи з XIV ст., більшість у суспільстві часто не визнає циган повноправним європейським народом; протягом усієї своєї історії вони відторгалися і переслідувалися суспільством. Кульмінацією цієї історії стала спроба їх повного винищення нацистами, котрі

вважали циган нижчою расою. У результаті століть відторгнення багато циганських спільнот сьогодні живуть у дуже складних умовах, будучи маргіналами в тих країнах, де вони осіли, а їхня участь у суспільному житті вкрай обмежена». На думку більшості суддів, які розглядали справу, «в тому випадку, якщо відмінність у поводженні базується на ознаках раси, кольору шкіри або етнічного походження, поняття об'єктивного і розумного обґрунтування повинне тлумачитись якомога суворіше» (п. 196). Суд наголосив, що жодна відмінність у поводженні, обумовлена виключно або вирішальною мірою етнічним походженням особи, не може бути об'єктивно виправданою в сучасному демократичному суспільстві, побудованому на принципах плюралізму та поваги до різних культур (п. 176) [20].

Використана у постанові Великої палати інтерпретація непрямой дискримінації спиралась, як видається, на своєрідний принцип «об'єктивного заповідання», за якого сам факт роздільного навчання циганських і чеських дітей став визначальним для висновку про порушення державою вимог Конвенції. Ухвалене рішення, однак, не було одностайним: четверо суддів — членів Великої палати виклали щодо постанови окремі думки.

Справа *«D. Н. та інші проти Чеської Республіки»* засвідчує, що наслідком перенесення тягаря доведення на державу-відповідача може стати те, що висновок про порушення Конвенції може бути зроблено фактично на підставі самої лише констатації допущеної державою дискримінаційної ситуації, якщо уряду не вдасться переконливо спростувати презумпцію дискримінації. Причому у розглянутому вище випадку йдеться про морально-правову заборону, яка має практично абсолютний характер. Для рішень в обох наведених вище справах ключовими стали ціннісні оцінки Суду, виражені, в одному випадку, в безумовному осуді ситуа-

ції, за якої заявник у результаті дотримання своїх релігійних переконання у минулому згодом не зміг працевлаштуватися, а в другому — у почутті обурення більшої суддів Великої палати з приводу етнічної сегрегації циганських дітей та у співчутті тому становищу, в якому, з огляду на історичні обставини, опинилися роми у сучасній Європі.

Як основний підсумок пропонованого аналізу зробимо висновок про значною мірою ціннісно-оцінювальний характер пізнання, здійснюваного Судом при використанні антидискримінаційного алгоритму і відносно підпорядковану роль, що її відіграють у цьому пізнанні логіко-раціональні елементи. Три базові складові алгоритму: тест на порівнянність, тест на виправданість і тест на домірність — за своєю суттю вимагають від Суду морального оцінювання. Об'єктами такого оцінювання виступають «порівнянність» становища осіб, наявність «об'єктивного та розумного» виправдання відмінностей у поведженні, легітимності мети поведження і домірності

такого поведження його легітимній меті. З огляду на це, є підстави розглядати алгоритм антидискримінаційної перевірки не стільки як власне інструмент логічного аналізу правової ситуації, скільки як спосіб упорядкування і форму презентації результатів ціннісного оцінювання. За такої ситуації практично єдиним критерієм раціональності результатів такого оцінювання залишається процедурний: ухвалення рішення більшістю членів суддівської колегії.

Такий висновок, звісно, жодним чином не свідчить про те, що раціональна форма аргументації рішення ЄСПЛ у справі про дискримінацію є зайвою або, тим більше, ніяк не заперечує важливого організуючого й орієнтуючого значення алгоритму застосування тесту на недискримінацію в процесі здійснюваного Судом контролю. Йдеться лише про те, аби не надавати зовнішній логіко-раціональній формі викладу аргументів Суду значення більшого, аніж те, яке вона, як видається, насправді має у процесі ухвалення судового рішення.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Шевчук С.* Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. — Вид. 2-ге, випр., допов. — К., 2007. — 848 с.
2. *Рабінович С., Панкевич О.* Принцип рівності прав людини у практиці Конституційного Суду України: проблеми методики застосування // Вісник Конституційного Суду України. — 2015. — № 5. — С. 97–111.
3. *Рабінович П.* Страсбурзьке судочинство: реформування — неминуче // Майбутнє Європейського суду з прав людини (Інтерлакенська, Ізмірська, Брайтонська декларації) / Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Національної академії правових наук України. Сер. II. — Л., 2013. — Вип. 12. — С. 5–7.
4. *Міндус П.* Гнів розуму і благодать почуттів: обґрунтовуючи емоції у праві. Пленарна доповідь на XXVII Всесвітньому конгресі з філософії права і соціальної філософії «Право, розум та емоції» (м. Вашингтон, 27 липня — 1 серпня 2015 р.) / пер. з англ. К. Буряковської // Філософія права і загальна теорія права. — 2015. — Вип. 1–2. — С. 72–101.
5. *Вашанова О. В.* Роль Європейського суду по правам человека в развитии принципа недискриминации [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.lawmix.ru/comm/2746>.
6. *Христова Г.* Позитивні обов'язки держави у сфері протидії дискримінації // Вісник Національної академії правових наук України. — 2013. — № 4 (75). — С. 11–20.
7. «Дело относительно некоторых аспектов законодательства об использовании языков в образовании в Бельгии против Бельгии». Европейский Суд по правам человека. Постановление от 23.07.1968 г. [Извлечения] // Защита личности от дискриминации : хрестоматия : в 3 т. — М., 2009. — Т. 2. — С. 202–246.
8. *Расмюссен (Rasmussen) против Дании* : решение Европейского суда по правам человека от 28 ноября 1984 г. [Извлечение из судебного решения] [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_163.

9. Орехов О. С. О пределах свободы усмотрения государств в практике Европейского суда по правам человека // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. — 2015. — № 2 (82).
10. Русов А. Н. Методологические аспекты разрешения дел Европейским судом по правам человека : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006. — 24 с.
11. Кислов Б. А. Проблема оценки в марксистско-ленинской философии (вопросы теории и методологии). — Иркутск, 1985. — 181 с.
12. Максимов Л. В. Когнитивизм как парадигма гуманитарно-философской мысли. — М., 2003. — 160 с.
13. Неделек Б. Стаття 14 Європейської конвенції про захист прав людини та основних свобод // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / уклад. і наук. ред. О. Л. Жуковська. — К., 2004. — С. 631–652.
14. Шютц А. Равенство и смысловая структура социального мира // Смысловая структура повседневного мира: очерки по феноменологической социологии / пер. с англ. А. Я. Алхасова, Н. Я. Мазлумяновой. — М., 2003. — С. 260–310.
15. Бурдые П. Социология социального пространства / пер. с франц. Н. А. Шматко. — М. ; СПб., 2007. — 288 с.
16. Погребняк С. П. Тест на пропорційність // Юрист України. — 2013. — № 2. — С. 5–10.
17. Вебер М. Сенс «свободи від оцінок» у соціальних науках // Вебер М. Соціологія. Загальноісторичні аналізи. Політика / пер. з нім. О. Погорілий. — К., 1998. — С. 264–309.
18. Решение Европейского суда по правам человека по делу «Тлимменос (Thlimmenos) против Греции» 2000 г. [Извлечения] // Защита личности от дискриминации : хрестоматия : в 3 т. — М., 2009. — Т. 3. — С. 115–127.
19. Кумбер А. Стратегічні тяжби за рівність — міркування про зміни в судовій практиці [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://antidi.org.ua/ua/sp/mijnarodna/172-stratehichni-tiazhby-zarivnist-mirkuvannia-pro-zminy-v-sudovii-praktytsi>.
20. D. H. та інші проти Чеської Республіки : рішення Великої палати Європейського суду з прав людини від 13 листопада 2007 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117744>.

REFERENCES

1. Shevchuk S. Sudovi zakhyst prav liudyny: Praktyka Ievropeiskoho Sudu z prav liudyny u konteksti zakhidnoi pravovoi tradytsii [Judicial human rights protection: Practice of the European Court of Human Rights in the context of the western legal tradition], Kyiv, 2007, 848 p.
2. Rabinovych S., Pankevych O. Prynysyp rivnosti prav liudyny u praktytsi Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy: problemy metodyky zastosuvannya [The principle of equal rights of the person in practice of the Constitutional Court of Ukraine: application technique problems], *Visnyk Konstytutsiinoho Sudu Ukrainy*, 2015, no. 5, pp. 97–111.
3. Rabinovych P. Strasburzke sudochynstvo: reformuvannya — nemynuche [Strasbourg legal proceedings: reforming — is inevitable], *Maibutnie Ievropeiskoho sudu z prav liudyny (Interlakenska, Izmirska, Braitonska deklaratsii) [Future of the European Court of Human Rights]*, Lviv, 2013, Issue 12, pp. 5–7.
4. Mindus P. Hniv rozumu i blahodat pochuttiv: obgruntovuiuchy emotsii u pravi. Plenarna dopovid na XXVII Vsesvitnomu konhresi z filosofii prava i sotsialnoi filosofii «Pravo, rozum ta emotsii» (m. Vashynhton, 27 lypnia — 1 serpnia 2015 r.) [Anger of mind and grace of feelings: proving emotions in the right. The plenary report on the XXVII World congress on legal philosophy and social philosophy «The right, mind and emotions» (Washington, on July 27 — on August 1, 2015)], *Filosofia prava i zahalna teoriia prava*, 2015, Issue 1–2, pp. 72–101.
5. Vashanova O. V. Rol Evropeyskogo sudu po pravam cheloveka v razvitii printsipa nediskriminatsii [Role of the European Court of Human Rights in development of the principle of non-discrimination]. Available at: <http://www.lawmix.ru/comm/2746>.
6. Khrystova H. Pozytyvni oboviazky derzhavy u sferi protydii dyskryminatsii [Positive obligations of the state in the sphere of counteraction of discrimination], *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*, 2013, no. 4 (75), pp. 11–20.
7. «Delo otноситelno nekotorykh aspektov zakonodatelstva ob ispolzovanii yazykov v obrazovanii v Belgii protiv Belgii». Evropeyskiy Sud po pravam cheloveka. Postanovlenie ot 23.07.1968 g. [Izvlacheniya] [«Business concerning Some aspects of the legislation on use of languages in education in Belgium against Belgium». European Court of Human Rights. The resolution of 23.07.1968], *Zashchita lichnosti ot diskriminatsii*, Moscow, 2009, vol. 2, pp. 202–246.
8. Rasmussen (Rasmussen) protiv Danii: reshenie Evropeyskogo sudu po pravam cheloveka ot 28 noyabrya 1984 g. [Izvlachenie iz sudebnogo resheniya]. Available at: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_163.
9. Orekhov O. S. O predelakh svobody usmotreniya gosudarstv v praktike Evropeyskogo sudu po pravam cheloveka [Within freedom of a discretion of the states in practice of the European Court of Human Rights], *Vestnik Volzhskogo universiteta im. V. N. Tatishcheva*, 2015, no. 2 (82).

10. Rusov A. N. Metodologicheskie aspekty razresheniya del Evropeyskim sudom po pravam cheloveka [Put methodological aspects of permission the European Court of Human Rights], Moscow, 2006, 24 p.
11. Kislov B. A. Problema otsenki v marksistko-leninskoy filosofii (voprosy teorii i metodologii) [Assessment problem in Marxist and Lenin philosophy (questions of the theory and methodology)], Irkutsk, 1985, 181 p.
12. Maksimov L. V. Kognitivizm kak paradigma gumanitarno-filosofskoy mysli [Kognitivizm as paradigm of humanitarian philosophical thought], Moscow, 2003, 160 p.
13. Nedielek B. Stattia 14 Ievropeiskoi konventsii pro zakhyst prav liudyny ta osnovnykh svobod [Article 14 of the European convention on human rights protection and fundamental freedoms], *Ievropeiska konventsiiia z prav liudyny: osnovni polozhennia, praktyka zastosuvannia, ukraïnskyi kontekst*, Kyiv, 2004, pp. 631–652.
14. Shyutts A. Ravenstvo i smyslovaya struktura sotsialnogo mira [Equality and semantic structure of the social world], *Smyslovaya struktura povsednevnogo mira: ocherki po fenomenologicheskoy sotsiologii*, Moscow, 2003, pp. 260–310.
15. Burde P. Sotsiologiya sotsialnogo prostranstva [Sociology of social space], Moscow; Saint Petersburg, 2007, 288 p.
16. Pohrebniak S. P. Test na proporsiiinist [Proportionality test], *Iuryst Ukrainy*, 2013, no. 2, pp. 5–10.
17. Veber M. Sens «svobody vid otsinok» u sotsialnykh naukakh [Sense of «freedom from estimates» in social sciences], *Veber M. Sotsiologia. Zahalnoistorychni analizy. Polityka*, Kyiv, 1998, pp. 264–309.
18. Reshenie Evropeyskogo suda po pravam cheloveka po delu «Thlimmenos (Thlimmenos) protiv Gretsii» 2000 g. [Izvlecheniya] [The decision of the European Court of Human Rights in the matter of «Thlimmenos against Greece» 2000], *Zashchita lichnosti ot diskriminatsii*, Moscow, 2009, vol. 3, pp. 115–127.
19. Kumber A. Stratehichni tiazhby za rivnist — mirkuvannia pro zminy v sudovii praktytsi [Strategic law-suits for equality — reasonings on changes in court practice]. Available at: <http://antidi.org.ua/ua/sp/mijnarodna/172-stratehichni-tiazhby-za-rivnist-mirkuvannia-pro-zminy-v-sudovii-praktytsi>.
20. D.H. ta inshi proty Cheskoï Respubliky: rishennia Velykoï palaty Ievropeiskoho suda z prav liudyny vid 13 lystopada 2007 r. [D.H. and others against the Czech Republic: the decision of Big chamber of the European Court of Human Rights of November 13, 2007]. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-117744>.

Рабінович С. П., Панкевич О. З. Тест на недискримінацію в практиці Європейського суду з прав людини: оцінювальні аспекти

Анотація. У статті пропонується епістемологічний аналіз методики розгляду Європейським судом з прав людини справ, які стосуються заборони дискримінації. Обґрунтовується висновок про ціннісний характер оцінок ЄСПЛ при використанні ним антидискримінаційного алгоритму і відносно підпорядковану роль, що її відіграють у судовому оцінюванні раціональні елементи. Ключові складові алгоритму (тести на порівнянність, виправданість і домірність) вимагають від Суду використання ціннісного оцінювання. Тому є підстави розглядати судовий алгоритм перевірки на недискримінацію не стільки як інструмент логічного аналізу правової ситуації, скільки як спосіб упорядкування і форму презентації результатів ціннісного оцінювання. За такої ситуації практично єдиним критерієм раціональності результатів такого оцінювання залишається процедурний: прийняття рішення більшістю членів суддівської колегії.

Ключові слова: рівність, дискримінація, порівнянність, виправданість, домірність, раціональність, ціннісне пізнання.

Рабинович С. П., Панкевич О. З. Тест на недискриминацию в практике Европейского суда по правам человека: оценочные аспекты

Аннотация. В статье предлагается эпистемологический анализ методики рассмотрения Европейским судом по правам человека дел, касающихся запрета дискриминации. Обосновывается вывод о ценностном характере оценок ЕСПЧ при использовании им антидискриминационного алгоритма и относительно подчиненной роли, которую играют в судебном оценивании рациональные элементы. Ключевые составляющие антидискриминационного алгоритма (тесты на сравнимость, оправданность и соразмерность) требуют от Суда использования ценностного оценивания. Поэтому есть основания рассматривать судебный алгоритм проверки на недискриминацию не столько как инструмент логического анализа правовой ситуации, сколько как способ упорядочивания и форму презентации результатов ценностного оценивания. В такой ситуации практически единственным критерием рациональности такого оценивания выступает процедурный: принятие решения большинством членов судейской коллегии.

Ключевые слова: равенство, дискриминация, сравнимость, оправданность, соразмерность, рациональность, ценностное познание.

Rabinovych S., Pankevych O. Nondiscrimination Testing in the Case Law of the European Court of Human Rights: Issue of Evaluation

Annotation. The article offers an analysis of epistemological methods of treating ECHR cases relating to the prohibition of discrimination. The conclusion is about the evaluative nature of the Court's assessment when using nondiscrimination algorithm and relatively subordinate role played by rational elements in judicial estimation. Key components of the nondiscrimination algorithm (tests for comparability, justification and proportionality) require the use of the Court's assessment of value. Therefore, there is a reason to consider judicial nondiscrimination algorithm not only as an instrument of logical analysis of the case, but as a way to organize and perform the results of assessment of value. In such a situation, practically the only criterion for the rationality of such assessment are the procedural acts: a decision by a majority of members of the panel.

Key words: equality, discrimination, comparability, justification, proportionality, rationality, valuable knowledge.

**ОСОБЛИВОСТІ ЗАСТОСУВАННЯ
КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ
І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД
У ПРАВОВОМУ ПОРЯДКУ
ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ**



Л. ФАЛАЛЄЄВА
*кандидат юридичних наук, доцент,
докторант Інституту держави і права
ім. В. М. Корецького НАН України*

Розвиток інтеграційних процесів зумовив появу нових інституційно-правових моделей і форм співробітництва, здатних забезпечувати захист основоположних прав на рівні Європейського Союзу (далі — ЄС), що вплинуло на утвердження та еволюцію системи захисту прав людини в ЄС, на практику застосування в його правопорядку підписаної у рамках Ради Європи 4 листопада 1950 р. Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція). Водночас стан дотримання основоположних прав у ЄС є одним із визначальних чинників успішності європейської інтеграції, становлячи як науковий, так і практичний інтерес.

Примітно, що сфера захисту прав людини розглядалася фундаторами європейських співтовариств як невластива їх правовим порядкам, в основу яких покладено процеси економічної

інтеграції. Європейські співтовариства експліцитно не опікувалися цією цариною, котра свідомо залишилася поза увагою їх установчих договорів та інтеграційних пріоритетів, зважаючи на те, що на регіональному рівні вона перебувала у компетенції Ради Європи. Конвенція (*посилання на неї стосується і протоколів*) слугує основою європейської системи захисту прав людини, характеризується дієвим та ефективним інституційним забезпеченням колективних гарантій — контрольним механізмом в особі Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ), який не лише довів доцільність свого існування, а й здобув авторитет як гарант дотримання конвенційних норм та їх автентичний інтерпретатор.

Варто враховувати, що всі держави — члени ЄС водночас є державами — членами Ради Європи й сторонами багатьох її правозахисних інстру-

ментів, передусім Конвенції, а також те, що, дотримуючись норм права ЄС, держави-члени мають добросовісно виконувати свої міжнародні зобов'язання, взяті в рамках Ради Європи, зокрема у сфері захисту прав людини.

У вітчизняній та зарубіжній юридичній науці досліджувалися здебільшого питання забезпечення і захисту основоположних прав у ЄС, юрисдикція Суду (*назва інституції ЄС згідно з Лісабонським договором 2007 р.*), практика ЄСПЛ щодо ЄС, варіативність підходів до застосування Конвенції у правопорядку ЄС, значна увага приділена міжнародним стандартам прав людини. Різні аспекти організаційно-правового механізму захисту основоположних прав у ЄС є проблематикою, що має велике практичне значення для сучасної науки міжнародного та європейського права, вирішенню якої частково присвятили праці вітчизняні та зарубіжні вчені, серед яких А. Арнулл, Т. Ахмед, В. Батлер, Дж. де Бурка, М. Буроменський, В. Денисов, Т. Комарова, Ф. Манчіні, К. Маргарітіс, О. Мережко, М. Микієвич, В. Муравйов, П. Рабінович, Х. Расмуссен, А. Росас, П. Свобода, О. Святун, В. Стеглік, Е. Стейн, О. Тарасов, Дж. Уейлер, А. Федорова, О. Хамуляк, Н. Шишкова, І. Яковюк та ін. Водночас особливості механізмів та інструментарію застосування Конвенції в інтеграційному правопорядку ЄС, розвиток системи захисту прав людини в ЄС є фактично новою сферою для вітчизняної науки міжнародного права, а її вивчення становить неабиякий не лише пізнавальний, а й практичний інтерес. Дослідження окреслених питань сприятиме розумінню еволюції інтеграційних процесів ЄС у сфері захисту основоположних прав, що має практичне значення для підвищення ефективності співробітництва України з ЄС, реалізації передбачених Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським

співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, політичної асоціації та економічної інтеграції.

Метою статті є висвітлення особливостей механізмів та інструментарію застосування Конвенції в інтеграційному правопорядку ЄС, еволюції системи захисту прав людини в ЄС, її взаємодії з системою, що функціонує на основі Конвенції, а також стану відповідності ЄС стандартам прав людини, закріпленим у Конвенції, з метою забезпечення її ефективного застосування на рівні ЄС.

ЄС наразі не є договірною стороною Конвенції (можливість його приєднання передбачена Протоколом № 14), втім основні права, гарантовані нею, інкорпоровано у правопорядок ЄС як загальні принципи права, спільні для конституційних традицій держав-членів. Принагідно зауважимо, що, враховуючи досвід співробітництва держав – членів ЄС у рамках Ради Європи, у виданому в 1999 р. на саміті ЄС у м. Кельн мандаті на розробку Хартії ЄС про основоположні права, її джерелами було визначено, зокрема, конституційні традиції, спільні для держав-членів, Конвенцію, Європейську соціальну хартію (переглянуту) 1996 р. (далі – ЄСХ (п) 1996 р.). Хартію ЄС про основоположні права 7 грудня 2000 р. (далі – Хартія 2000 р.) було проголошено у Німечці як політичну декларацію з перспективою надання їй вищої юридичної сили у правовій системі ЄС. Зрештою, Хартія ЄС про основоположні права, прийнята 12 грудня 2007 р. (далі – Хартія 2007 р.) [1] у Страсбурзі, не була інкорпорована до тексту установчих договорів, але має з ними однакову юридичну силу. Вона є самостійним джерелом первинного права ЄС, що не має прямої дії у внутрішніх правопорядках держав-членів. К. Маргарітіс небезпідставно вважає, що значним поступом у розвитку інтеграційних процесів є Хартія 2007 р., яка «довершує європейський публічний

порядок, невід'ємною складовою якого є основоположні права» [2, 76].

Вочевидь аналіз прецедентної практики Суду (рішення у справах: від 28 жовтня 1975 р. № 36/75 «*Roland Rutili v. Ministre de l'intérieur*»; від 13 грудня 1979 р. № 44/79 «*Liselotte Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*»; від 26 червня 1980 р. № 136/79 «*National Panasonic (UK) Limited v. Commission of the European Communities*»; від 15 травня 1986 р. № 222/84 «*Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*» та ін.) свідчить, що він застосовує матеріальні норми Конвенції як загальні принципи права. У рішенні у справі «*Roland Rutili v. Ministre de l'intérieur*» Суд вперше обґрунтував свою позицію посиланням на Конвенцію як на «основоположні засади, яких необхідно дотримуватися», що сприяло переосмисленню її місця і ролі у правовому порядку інтеграційного об'єднання, а згодом — визнанню ЄСПЛ системи захисту прав людини в ЄС еквівалентною системою, сформованій на основі Конвенції. При цьому ЄСПЛ розтлумачив термін «еквівалентність» як зіставність, а не ідентичність систем захисту прав людини (п. 165 рішення у справі від 30 червня 2005 р. «*Bosphorus Airways v. Ireland*»). За відсутності у ЄС власного писаного юридично зобов'язуючого каталогу, Білля основоположних прав, такий підхід Суду визнавався прагматичним, однак із прийняттям Хартії 2007 р. ситуація змінилася на її користь (справи № C-92/09 і № C-93/09 «*Volker and Markus Schecke GbR (C-92/09) Harmut Eifert (C-93/09) v. Land Hessen*»; № C-571/10 «*Camberai v. Istituto per l'Edilizia della Provincia autonoma di Bolzano*»; № C-617/10 «*Aklagaren Hans Akerberg Fransson*»), а норми Конвенції здебільшого застосовуються Судом як «керівні засади та джерело натхнення» [3, 6].

Характерно те, що переважно національні суди держав-членів, а також

прирівняні до них органи адміністративної юстиції забезпечують захист встановлених у рамках ЄС основоположних прав від будь-яких порушень [4, 509]. При розгляді справ національні суди пов'язані чинними нормами права ЄС, які мають верховенство щодо внутрішнього права держав-членів, а деякі з них — пряму дію в їх внутрішніх правових порядках, тобто норми права ЄС можуть застосовуватися у національних судах поряд із нормами внутрішнього права під час розгляду судових справ. Національним судам підвідомчі всі категорії справ, за винятком тих, які віднесені до юрисдикції судових органів ЄС: спори щодо оскарження актів, дій або бездіяльності інституцій ЄС, спори між державами-членами, між інституціями тощо. Крім того, Суд ухвалює преюдиціальні висновки на запити національних судів держав — членів ЄС.

Практика застосування Судом норм Конвенції засвідчує, що можна стверджувати порушення відповідної норми, якщо предметом спору є питання, що підпадає під сферу дії права ЄС. Такий висновок Суд зробив у рішенні у справі «*Elliniki Radiophonia Tileorassi*», визнавши у п. 42, що Суд «не має повноважень досліджувати відповідність Конвенції тих норм національного законодавства, які не пов'язані з правом ЄС. Якщо ж мають місце норми національного законодавства, що діють у рамках сфери застосування права ЄС, і до Суду направлено запит у преюдиціальному порядку, то він має надати тлумачення, якого потребує національний суд, для оцінки того, чи відповідають такі норми основоположним правам, дотримання яких забезпечує Суд і які впливають з Конвенції» (*Judgment of the ECJ of 18 June 1991, [1991] ECR I-2925*). Водночас Суд встановив, що право ЄС базується не лише на економічному, а й на правовому взаємопроникненні держав-членів, а отже, необхідно враховувати принципи і концепції, що діють у їх внутрішньому праві.

З укладенням 13 грудня 2007 р. Лісабонського договору [5] (далі — ЛД 2007 р.), що набув чинності 1 грудня 2009 р., посилюється увага ЄС до проблеми захисту основоположних прав. Частина 2 ст. 6 Договору про ЄС (далі — ДЄС) у редакції ЛД 2007 р. підтвердила намір ЄС приєднатися до Конвенції, враховуючи, що, по-перше, громадяни ЄС повинні мати можливість оскаржити до міжнародного юрисдикційного органу акти, дії або бездіяльність інституцій, органів, агенцій ЄС, їх посадових осіб так само, як вони це роблять у разі невинного обмеження або порушення їхніх прав державними органами та їх посадовими особами; по-друге, приєднання дозволить уникнути різного тлумачення Судом та ЄСПЛ однакових норм у сфері прав людини, проте Суд вже застосовує практику ЄСПЛ, обґрунтовуючи свою правову позицію (вперше у рішенні у справі від 30 квітня 1996 р. № C-13/94 «*Pv. Sand Cornwall County Council*»). Строки приєднання ЄС до Конвенції не встановлено, лише закріплено, що воно не змінить компетенції ЄС, визначеної в ДЄС у редакції ЛД 2007 р. та Договорі про функціонування ЄС (далі — ДФЄС).

У Протоколі № 8 щодо ч. 2 ст. 6 ДЄС про приєднання ЄС до Конвенції, який додається до ЛД 2007 р., вказується на можливість участі ЄС у контрольних органах Конвенції та необхідності забезпечення правильного визначення відповідача (держав-членів та/або ЄС) під час розгляду скарг, поданих належним чином третіми країнами або індивідами проти держав-членів та/або ЄС (ст. 1 Протоколу № 8) [6]. Приєднання ЄС до Конвенції означатиме, що її положення формально стануть обов'язковими для ЄС [7, 164–165], його інституцій, органів, агенцій. Індивіди зможуть звертатися до ЄСПЛ за захистом прав, передбачених Конвенцією, що були порушені, зокрема внаслідок прийняття правових актів інституціями ЄС або нормативно-правових актів

державами-членами на виконання ними своїх зобов'язань за правом ЄС, у процесі імплементації правових актів ЄС. При цьому однією з умов прийнятності такої скарги, згідно зі ст. 35 Конвенції щодо вичерпання всіх засобів національного правового захисту, буде обов'язковим звернення до Суду за відповідним рішенням. До підписання та набуття чинності нової доопрацьованої Угоди про приєднання ЄС до Конвенції, яка враховуватиме Висновок 2/13 Суду від 18 грудня 2014 р. [8] щодо відповідності проекту Угоди установчим договорам і цінностям ЄС, можливе подання індивідуальних скарг до ЄСПЛ винятково на держав-членів, незважаючи на наявність рішення Суду, ухваленого в преюдиціальному порядку.

Привертає увагу п. 258 Висновку 2/13 Суду від 18 грудня 2014 р. щодо проекту Угоди про приєднання ЄС до Конвенції [9], згідно з яким останній суперечить ч. 2 ст. 6 ДЄС та Протоколу № 8, що додається до ЛД 2007 р. Суд встановив, що проект Угоди про приєднання ЄС до Конвенції може негативно вплинути на особливості та автономність правопорядку ЄС, оскільки він не забезпечує відповідність між ст. 53 Конвенції та ст. 53 адаптованої редакції Хартії 2007 р., не усуває ризик порушення принципу лояльного співробітництва як загального принципу права ЄС, та не містить положень стосовно зв'язку між механізмом, передбаченим Протоколом № 16 до Конвенції, і процедурою преюдиціального запиту, встановленою ст. 267 ДФЄС; проект Угоди про приєднання ЄС до Конвенції вплине на застосування ст. 344 ДФЄС, оскільки він не виключає можливості виникнення спорів між державами-членами або між ними та ЄС щодо застосування Конвенції у межах *ratione materiae* права ЄС при розгляді заяв ЄСПЛ; проект Угоди про приєднання ЄС до Конвенції не врегульовує функціонування механізму «співвідповіда-

ча» («*co-respondent mechanism*») та процедуру попереднього залучення Суду, що забезпечило б врахування особливостей ЄС та права ЄС; проект Угоди про приєднання ЄС до Конвенції не враховує особливостей права ЄС щодо оскарження актів, дій або бездіяльності ЄС у сфері Спільної зовнішньої та безпекової політики (*Common Foreign and Security Policy*), а саме вона надає судовому органу (ЄСПЛ), що не належить до інституційної системи ЄС, виключне право здійснювати судовий контроль за такими актами, діями або бездіяльністю [8] на предмет їх відповідності стандартам прав людини [10, 19–25], гарантованим Конвенцією. Норми Конвенції є обов'язковими для її договірних сторін у світлі тлумачення ЄСПЛ. «Лише ознайомлення з текстом положень Конвенції не дає змоги збагнути увесь її сенс» [11, 761], адже вона є «живим інструментом», який має тлумачитися крізь призму сучасних реалій.

Творці союзної Хартії 2007 р., з огляду на сучасні та актуалізовані міжнародно-правові підходи до забезпечення і захисту прав людини, прагнули кодифікувати, за дотримання принципу субсидіарності, мінімальні міжнародні стандарти прав людини, з одного боку, стосовно інституцій, органів, агенцій ЄС, а з другого — держав-членів, коли вони діють у рамках сфери застосування права ЄС. Згідно з ч. 1 ст. 6 ДЄС у редакції ЛД 2007 р. ЄС «визнає права, свободи та принципи, викладені у Хартії ЄС про основоположні права від 7 грудня 2000 р., адаптованої 12 грудня 2007 р., що має однакову юридичну силу з Договорами» [5], тобто з ДЄС у редакції ЛД 2007 р. та ДФЄС. У такий спосіб відбулося конституювання інституту прав людини у правопорядку ЄС, інтегральною складовою якого є правові гарантії захисту основоположних прав на рівні ЄС. О. Хамуляк та В. Стеглік слушно наголошують, що «посилення ролі основоположних прав у наднаціональному

правопорядку є непрямим інструментом захисту позиції Суду щодо природи правової системи ЄС. Визнання основоположних прав невід'ємною складовою наднаціонального права та створення складної системи їх захисту надало наднаціональній правовій системі рис конституційного правопорядку» [12, 139].

Хартія 2007 р. експліцитно підтвердила та систематизувала основоположні права і свободи, а також принципи правового статусу особи, які були визнані за громадянами ЄС ДЄС та Конвенцією, хоч більшість прав, передбачених Хартією 2007 р., визнані за кожною особою, що перебуває на території ЄС, а отже, і за громадянами України. Водночас текст Хартії 2007 р. поєднує більш широкий каталог гарантованих прав і свобод, порівняно з Конвенцією, закріпивши деякі нові права, серед яких право на цілісність особистості (ст. 3), право на якісне управління (ст. 41), а також конкретизувавши порядок застосування (ст. 51) та сферу дії (ст. 52) її положень, порівняно з Хартією 2000 р. З огляду на викладене, проглядається інклюзивний підхід до правового регулювання Хартією 2007 р., що вирізняється максимально широкою концепцією прав людини, поєднаних у рамках одного всеохоплюючого документа, особливо коли йдеться про гарантування соціальних та економічних прав, реалізація яких вимагає значних фінансових ресурсів.

Змістова частина Хартії 2007 р. має субсидіарний характер щодо механізмів Ради Європи, оскільки її преамбулою визначено, що вона підтверджує права, які, з-поміж іншого, походять із Конвенції, з ЄСХ (п) 1996 р., а також із практики ЄСПЛ. За влучним висловлюванням В. Євінтова, Конвенція та юриспруденція ЄСПЛ слугують своєрідними «містками між системами захисту прав людини Європейського Союзу і Ради Європи» [13, 194]. Вимогу

однаковості розуміння прямо зафіксовано у «горизонтальних» статтях Хартії 2007 р. Зокрема, ч. 3 ст. 52 встановлено: якщо основоположні права, закріплені нею, кореспондують правам людини, гарантованим Конвенцією, то зміст і обсяг цих прав збігаються з тими, які надає їм остання, що не перешкоджає запровадженню більш широкого захисту в праві ЄС [1]. Зрештою, «за жодних обставин рівень захисту за Хартією 2007 р. не може бути нижчим гарантованого Конвенцією» [14].

У Роз'ясненнях (*Explanations*) до Хартії 2007 р., враховуючи розвиток права ЄС, розкривається зміст кожної категорії основоположних прав, співвідноситься їх обсяг із відповідниками за міжнародно-правовими актами, *inter alia* Конвенцією, аналізується прецедентна практика Суду та ЄСПЛ. Н. Шишкова наголошує, що Роз'яснення розмежовують «права та принципи. При цьому права можуть бути безпосередньо захищені у судовому порядку (наприклад, ст. 23 Хартії — рівність жінок і чоловіків), а принципи становлять виключно програмні положення, що містять визначення цілей, до досягнення яких прагнутиме ЄС. Їх захист у судовому порядку можливий тільки у випадку, якщо вони були згодом закріплені у вторинному праві ЄС (наприклад, ст. 25 Хартії — права осіб похилого віку)» [15, 188]. Таким чином, шляхом тлумачення частина положень Хартії 2007 р., віднесена до категорії принципів (статті 25, 26, 37), може бути позбавлена можливості судового захисту, на відміну від суб'єктивних прав. У цьому контексті важливу роль у створенні умов для забезпечення дотримання прав і врахування принципів відіграє прийнята 19 жовтня 2010 р. Європейською Комісією Стратегія ефективної імплементації Європейським Союзом Хартії про основоположні права [16].

ЛД 2007 р. фактично формалізував рецепцію матеріальних норм Конвенції та прецедентного права ЄСПЛ у право

ЄС. При викладенні у Хартії 2007 р. прав, що кореспондують зафіксованим у Конвенції, використовувалися формулювання, які не допускають їх різночитання. Якщо Хартія 2007 р. та Конвенція закріплюють однаково за змістом право, до прикладу, право на життя (ст. 2 Хартії 2007 р. кореспондує ст. 2 Конвенції); презумпція невинуватості та право на захист (ст. 48 Хартії 2007 р. кореспондує частинам 2–3 ст. 6 Конвенції), то обидва джерела мають застосовуватися теж однаково відповідно до тлумачення ЄСПЛ, який, застосовуючи доктрину «меж свободи розсуду» (*«margin of appreciation»*), враховує умови розвитку, переоцінку цінностей, нові або особливі обставини. Дж. МакБрайд вказує на «два доволі складні для осягнення аспекти, що характеризують підхід Суду (ЄСПЛ. — Л. Ф.) до тлумачення Конвенції, пов'язані з обстоюваною ним думкою про те, що її текст треба вважати “живим” документом і що важливою є основна мета положень, а не їх формальний текст. Ці міркування зумовлюють необхідність того, щоб підхід до інтерпретації був водночас і динамічним, і цільово зорієнтованим» [11, 762], телеологічним.

Реалізація норм Хартії 2007 р., що кореспондують нормам Конвенції, має здійснюватися згідно з їх офіційним тлумаченням у рішеннях ЄСПЛ, які «служують не лише вирішенню справ, які надійшли йому на розгляд, а в більш широкому розумінні уточнюють, захищають і розвивають норми Конвенції та сприяють таким чином дотриманню зобов'язань, які взяли на себе договірні сторони» (*«Ireland v. United Kingdom» — 5310/71 [1978] ECHR (Ser. A) p. 154*). Характерно, що рішення ЄСПЛ адресовані не тільки сторонам спору, а всім договірним сторонам Конвенції, положення якої як колективні гарантії є зобов'язаннями *erga omnes partes*.

У рішенні щодо неприйнятності скарги німецької компанії, на яку

Комісія європейських співтовариств наклала штраф за порушення норм конкуренційного права («*M & Co v. Germany* [1990] *ECHR* (Ser. A), p. 138»), було вперше сформульовано концепцію «еквівалентного захисту»: передання державами прав на рівень міжнародної організації може виключати відповідальність цих держав за Конвенцією, якщо у цій організації захист прав людини здійснюється на еквівалентному рівні. Водночас наголошено, що передання державою своїх прав міжнародній організації не означає, що у такий спосіб держави звільняються від своїх зобов'язань за Конвенцією щодо переданих прав. У рішенні у справі від 30 червня 2005 р. № 45036/98 «*Bosphorus Airways v. Ireland*» ЄСПЛ вказав, що звільнення держав від відповідальності у тих сферах, що були передані на рівень міжнародної організації, було б несумісним із цілями і предметом Конвенції, позбавляючи її у такий спосіб імперативного характеру та підживляючи ефективність закріплених нею гарантій (п. 154). ЄСПЛ також підтвердив, що така відповідальність може не настати, якщо захист основоположних прав як щодо обсягу наданих прав, так і механізмів контролю за їх дотриманням (за умови ефективного контролю Судом ЄС; п. 338 рішення ЄСПЛ у справі від 21 січня 2011 р. «*M.S.S. v. Belgium and Greece*»), здійснюється у цій міжнародній організації на рівні, що є як мінімум еквівалентним захисту, передбаченому Конвенцією (пункти 155–157 рішення у справі від 30 червня 2005 р. «*Bosphorus Airways v. Ireland*»). Зрештою, ЄСПЛ визнав еквівалентність захисту основоположних прав у ЄС системі захисту прав людини, встановленій Конвенцією (п. 165), зауваживши, що презумпція еквівалентності не є усталеною і підлягатиме розгляду ЄСПЛ за будь-яких змін у системі захисту прав людини в

ЄС. ЄСПЛ може відмовитися від застосування цієї презумпції, якщо, проаналізувавши фактичні обставини конкретної справи, вважатиме, що у ній захист основоположних прав на рівні ЄС був «явно недостатнім», враховуючи при цьому особливості його правового порядку. Власне, практика застосування ЄСПЛ презумпції еквівалентності є свідченням визнання ним дієвості системи захисту прав людини в ЄС, а також ефективності контролю Судом.

Поглиблення взаємодії ЄС із Радою Європи у сфері захисту прав людини сприятиме інтенсифікації та результативності співробітництва між ними, координації діяльності, консолідації зусиль задля утвердження на їх основі загальноєвропейської системи захисту прав людини в рамках єдиного європейського правового простору, заснованого на спільних цінностях. Нині між Судом та ЄСПЛ не існує підпорядкування, однак Суд застосовує практику ЄСПЛ, обґрунтовуючи свою позицію, що є показовим прикладом вирішення колізій у сфері захисту прав людини в рамках окремого регіону, а також відображає динаміку та тенденції розвитку європейської інтеграції. Конвенція виявилася цінним регулятивним орієнтиром не лише для держав, а й інших суб'єктів міжнародного права. Відкладення приєднання ЄС до Конвенції, норми якої інкорпоровані у право ЄС як загальні принципи, актуалізує необхідність послідовної кристалізації нових гнучких і конструктивних підходів до захисту основоположних прав у ЄС. У віддаленій перспективі приєднання ЄС до Конвенції можливе на умовах *sine qua non*, що забезпечуватимуть прийнятний баланс між стандартами ЄС і його високоінтегрованим правовим порядком та відповідними стандартами прав людини, гарантованими Конвенцією, а також практикою їх застосування.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Charter of Fundamental Rights of the European Union* // Official Journal of the European Union. — 2007. — С 303/01. — Vol. 50. — 14 December. — P. 1–16.
2. *Margaritis K.* The Framework for Fundamental Rights Protection in Europe under the Prospect of EU Accession to ECHR // *Journal of Politics and Law*. — 2013. — Vol. 6. — № 1. — P. 64–79.
3. *Rosas A.* Is the EU a Human Rights Organization? [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://www.asser.nl/media/1624/cleer-wp-2011-1-rosas.pdf>.
4. *Principles of European Constitutional Law* / eds. A. von Bogdandy, J. Bast.
5. *Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union* // Official Journal of the European Union. — 2012. — С 326/01. — Vol. 55. — 26 October.
6. *The Protocol (№ 8) of the Treaty on European Union on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* // Official Journal of the European Union. — 2012. — Vol. 55. — 26 October. — P. 373.
7. *Piris J.-C.* The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis. — Cambridge, 2010. — 448 p.
8. *Opinion 2/13 of the Court of 18 December 2014* [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=160882&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir&occ=first&part=1&cid=160518>.
9. *Draft Agreement of the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe, CDDH (2011) 009 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/CDDH-UE_MeetingReports/CDDH_2011_009_en.pdf.
10. *Рабинович П. М.* Міжнародні стандарти прав людини: властивості, загальне поняття, класифікація // Вісник Національної академії правових наук України : зб. наук. пр. — Х., 2016. — № 1 (84). — С. 19–29.
11. *МакБрайд Дж.* Принципи, що визначають тлумачення та застосування Європейської конвенції з прав людини // Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст / за ред. О. Л. Жуковської. — К., 2004. — С. 761–780.
12. *Hamulak O., Stehlik V.* European Union Constitutional Law: Revealing the Complex Constitutional System of the European Union. — Olomouc, 2013. — 204 p.
13. *Євінтов В. І.* Імплементация рішень Європейського суду з прав людини: міжнародний та український досвід // Взаємодія міжнародного права з внутрішнім правом України / за ред. В. Н. Денисова. — К., 2006. — С. 184–197.
14. *Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights* // Official Journal of the European Union. — 2007. — С 303/02. — Vol. 50. — 14 December. — P. 17–35.
15. *Шишкова Н.* Хартия основных прав Европейского Союза и проблемы ее применения // Пам'яті професора Павла Петровича Заворотька. Актуальні проблеми правової науки : зб. ст. / за заг. ред. Н. П. Шишкової. — К., 2014. — 256 с.
16. *Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*, 19.10.2010 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/com_2010_573_en.pdf.

REFERENCES

1. Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union*, 2007, С 303/01, vol. 50, 14 December, pp. 1–16.
2. Margaritis K. The Framework for Fundamental Rights Protection in Europe under the Prospect of EU Accession to ECHR, *Journal of Politics and Law*, 2013, vol. 6, no. 1, pp. 64–79.
3. Rosas A. Is the EU a Human Rights Organization? Available at: <http://www.asser.nl/media/1624/cleer-wp-2011-1-rosas.pdf>.
4. Principles of European Constitutional Law, Oxford, 2009, 825 p.
5. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, *Official Journal of the European Union*, 2012, С 326/01, vol. 55, 26 October.
6. The Protocol (№ 8) of the Treaty on European Union on the Accession of the Union to the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *Official Journal of the European Union*, 2012, vol. 55, 26 October, p. 373.
7. Piris J.-C. The Lisbon Treaty: A Legal and Political Analysis, Cambridge, 2010, 448 p.
8. Opinion 2/13 of the Court of 18 December 2014. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text&docid=160882&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir&occ=first&part=1&cid=160518>.
9. Draft Agreement of the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, CDDH (2011) 009. Available at: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/CDDH-UE_MeetingReports/CDDH_2011_009_en.pdf.

10. Rabinovych P. M. Mizhnarodni standarty prav liudyny: vlastyvoli, zahalne poniattia, klasyfikatsiia [International standards of human rights: properties, general concept, classification], *Visnyk Natsionalnoi akademii pravovykh nauk Ukrainy*, Kharkiv, 2016, no. 1 (84), pp. 19–29.
11. MakBraid Dzh. Pryntsypy, shcho vyznachaiut tlumachennia ta zastosuvannia Ievropeiskoi konventsii z prav liudyny [The principles defining interpretation and applications of the European convention on human rights], *Ievropeiska konventsii z prav liudyny: osnovni polozhennia, praktyka zastosuvannia, ukraïnskyi kontekst*, Kyiv, 2004, pp. 761–780.
12. Hamulak O., Stehlik V. European Union Constitutional Law: Revealing the Complex Constitutional System of the European Union, Olomouc, 2013, 204 p.
13. Ievintov V. I. Implementatsiia rishen Ievropeiskoho sudu z prav liudyny: mizhnarodnyi ta ukraïnskyi dosvid [Implementation of decisions of the European Court of Human Rights: international and Ukrainian experience], *Vzaiemodiia mizhnarodnoho prava z vnutrishnim pravom Ukrainy*, Kyiv, 2006, pp. 184–197.
14. Explanations Relating to the Charter of Fundamental Rights, *Official Journal of the European Union*, 2007, C 303/02, vol. 50, 14 December, pp. 17–35.
15. Shishkova N. Khartiya osnovnykh prav Evropeyskogo Soyuzu i problemy ee primeneniya [Charter of basic rights of the European Union and problem of its application], *Pamyati profesora Pavla Petrovycha Zavorotka. Aktualni problemy pravovoi nauky*, Kyiv, 2014, 256 p.
16. Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union, 19.10.2010. Available at: http://ec.europa.eu/justice/news/intro/doc/com_2010_573_en.pdf.

Фалалєєва Л. Г. Особливості застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у правовому порядку Європейського Союзу

Анотація. У статті проаналізовано механізми та проблеми застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у правовому порядку Європейського Союзу, досліджено перспективи приєднання ЄС до Конвенції, а також висвітлено особливості функціонування системи захисту прав людини в ЄС, доктринальні погляди та судову практику з окреслених питань.

Ключові слова: Європейський Союз, правопорядок ЄС, система захисту прав людини в ЄС, Європейський суд з прав людини, прецедентна практика, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, Хартія ЄС про основоположні права 2007 р., Стратегія ефективної імплементації Європейським Союзом Хартії про основоположні права 2010 р.

Фалалєєва Л. Г. Особенности применения Конвенции о защите прав человека и основных свобод в правовом порядке Европейского Союза

Аннотация. В статье проанализировано механизмы и проблемы применения Конвенции о защите прав человека и основных свобод в правовом порядке Европейского Союза, исследовано перспективы присоединения ЕС к Конвенции, а также освещено особенности функционирования системы защиты прав человека в ЕС, доктринальные взгляды и судебную практику по теме исследования.

Ключевые слова: Европейский Союз, правопорядок ЕС, система защиты прав человека в ЕС, Европейский суд по правам человека, прецедентная практика, Конвенция о защите прав человека и основных свобод, Хартия ЕС об основных правах 2007 г., Стратегия эффективной имплементации Европейским Союзом Хартии об основных правах 2010 г.

Falaliev L. The Peculiarities of Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the European Union Legal Order

Annotation. The author analyzes the mechanisms and problems of application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the EU legal order, examines the prospects of the EU accession to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and scrutinises the peculiarities of the EU human rights protection system practice, doctrinal views and judicial practice on these issues.

Key words: European Union, EU legal order, EU human rights protection system, Court (European Court of Justice), European Court for Human Rights, case law, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Charter of Fundamental Rights of the European Union 2007, Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union 2010.

ПРИЄДНАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ ДО КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД: ДОЦІЛЬНІСТЬ, ПРОБЛЕМИ ТА ПЕРСПЕКТИВИ



С. ДОБРЯНСЬКИЙ

*кандидат юридичних наук, доцент,
провідний науковий співробітник
Львівської лабораторії прав людини і громадянина
(Науково-дослідний інститут
державного будівництва
та місцевого самоврядування НАПрН України)*

Кризова ситуація, в якій опинилася Україна впродовж останніх чотирьох років, вимагає рішучих кроків в остаточному визначенні зовнішньополітичного вектору розвитку. На європейському континенті для нашої держави, вочевидь, найбільш перспективними та ефективними напрямками інтеграції виступають такі міжнародні формування, як Рада Європи та Європейський Союз (далі — ЄС). У той час, коли Рада Європи є перспективною формою політичної інтеграції держав Європи, ще більші можливості співпраці не лише у політичній сфері, а й у сферах 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.

Реалізація положень Угоди про асоційоване членство з ЄС вимагає від України, крім іншого, освоєння правової системи ЄС, зокрема юридичних норм щодо гарантування основополож-

них прав та свобод. Відтак метою цієї статті є дослідження загальних закономірностей, особливостей, а також проблем у юридичному гарантуванні основоположних прав та свобод у ЄС задля з'ясування шляхів більш ефективного наближення правової системи України до правової системи ЄС.

Хоча на початку 50-х років вважалося, що повага та захист основоположних прав людини — це виключний обов'язок Ради Європи (оскільки інститути так званих Європейських Співтовариств (попередника ЄС, далі — ЄСС), які функціонували у певних галузях економіки, не можуть безпосередньо 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 — тоді ще Суду Справедливості ЄС (далі — Суд ЄС) було запропоновано прийняти рішення щодо відповідності актів інститутів ЄС конституційним положенням держав-членів у сфері регулювання прав людини [1, 100].

Роль Суду ЄС у юридичному гарантуванні прав людини у ЄС. 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 і основних свобод людини у правовій системі ЄС. Так, до другої половини 60-х років Суд ЄС відмовлявся здійснювати тлумачення актів інститутів ЄС на відповідність конституційним положенням держав-членів з метою забезпечення прав та 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'єднаному 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. Суд також зазначив, що *«право Співтовариства, як зазначено в Договорі про ЄОВС, не містить жодних загальних принципів, які би гарантували основоположні права»* [1, 101].

Однак подальше розгортання процесів європейської інтеграції неминуче висувало проблему забезпечення основних прав людини на одне з перших місць порядку денного ЄС, що, зрештою, й спонукало Суд ЄС змінити свою позицію і розпочати процес конституціоналізації інституту основоположних прав та свобод. Першим кро-

ком у цьому напрямку стало рішення у справі *«Loos»*, в якому 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 [2]. 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»*.

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.) Суд ЄС вказав, що право Спільноти, яке він має тлумачити, виходить зі *спільних конституційних традицій держав-членів, і при формуванні цінностей Спільноти він буде брати до уваги конвенції та угоди, укладені із державами-членами, а також Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р.* (далі — Конвенція, ЄКПЛ) [3, 144].

Таким чином, аналізуючи прецедентну практику Суду ЄС, можна виокремити два періоди його функціонування, які кардинально відрізнялися застосовуваними підходами: якщо на першому етапі Суд ЄС усіяко уникав визнання проблеми захисту основоположних прав людини (прямо посилаючись на те, що Установчі договори ЄС не містять положень щодо гарантування прав людини), то з другої половини 60-х років захист прав людини було визнано невід'ємним принципом права ЄС. Більше того, завдяки діяльності Суду ЄС вдалося частково подолати прогалини в установчих договорах ЄС щодо гарантування прав та свобод людини.

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 посилання на принцип захисту прав людини. В абзаці 3 преамбули зазначалося, що держави — члени ЄС «сповнені рішучості сприяти спільними зусиллями розвитку демократії, яка спирається на права, визнані конституціями і законами держав-членів, Конвенцією та Європейською соціальною хартією» [1, 104].

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 лише у преамбулі Договору про ЄС, перетворився на фундамент інтеграційних процесів у ЄС [1, 105]. А за часів головування Німеччини у ЄС (1999 р.) було запропоновано «на сучасному етапі становлення ЄС розробити Хартію основоположних прав (далі — Хартія ЄС) задля того, щоб явно гарантувати для громадян Союзу першочергову значимість прав та свобод».

Такий документ було, врешті-решт, розроблено, і він був «урочисто проголошений» Європейським Парламентом, Радою Міністрів ЄС та Європейською комісією у Ніцці 7 грудня 2000 р. [4, 158]. Спочатку, на жаль, Хартія не була інкорпорована до системи установчих угод ЄС, вона навіть була опублікована у серії «С» офіційного журналу, а не у серії «Л», яка зарезервована саме для права.

Таким чином, після свого проголошення Хартія ЄС не була наділена юридичною силою і вперше була згадана Судом ЄС лише у 2006 р. у справі щодо законності Директиви про об'єднання сім'ї.

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 чинності Хартії ЄС Суд ЄС посилався на її норми понад 30 разів, а в листопаді 2010 р. вперше застосував її положення як правову підставу анулювання приписів низки регламентів ЄС через їх суперечність Хартії ЄС [6].

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, отримали нарешті своє належне вирішення? 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 Союзу. Тоді як приватні особи як суб'єкти правопорядку ЄС володіють обмеженими процесуальними можливостями щодо оскарження актів інституцій ЄС на предмет порушення останніми прав та свобод, закріплених у Хартії ЄС. Відповідно до ст. 263 Договору про функціонування Європейського Союзу (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 він породжує для них безпосередні правові наслідки та стосується їх персонально [11, 65]. Зазначені принципи (*персональний та безпосередній характер акта*) були детально розроблені у судовій практиці

Суду ЄС, і, як зазначається у науковій літературі, складність дотримання цих критеріїв на практиці тягне для приватних суб'єктів неможливість безпосереднього оскарження актів інституцій ЄС на основі положень Хартії ЄС [5, 114].

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 основоположних прав та свобод.

По-друге, 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 та свобод, закріплених у Конвенції [1, 107]. Зазначена норма покликана слугувати гарантією того, що принципи захисту прав людини, закріплені в Конвенції та розроблені практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), отримують своє належне і повне відображення у правозахисній практиці Суду ЄС.

Натомість практика Суду ЄС нерідко демонструє певну 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 Конвенції при вирішенні питання про депортацію біженців із держав – членів ЄС чекають свого вирішення у ЄСПЛ); б) практику застосування у ЄС Європейського ордеру на арешт, який, як стверджується, значно відрізняється від усталеної практики ЄСПЛ щодо застосування статей 3 і 6 Конвенції; в) антимонопольну практику ЄС з її надзвичайно

високими штрафами і невинувато великими повноваженнями Європейської комісії з розслідування порушень і накладення штрафів [7, 111–114].

Перспективи приєднання ЄС до Конвенції. Оскільки положення установчих договорів у чинній редакції Договору про ЄС (ст. 6) передбачають обов'язок ЄС приєднатися до системи захисту прав людини на основі Конвенції, видається, що зазначені вище проблеми 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 ідея приєднання ЄС до Конвенції активно обговорювалась як політиками, так і юристами вже з кінця 70-х років. Однак Суд ЄС у своєму рішенні 2/94 від 28 березня 1996 р. вказав, що Європейське Співтовариство не володіє необхідними повноваженнями для приєднання до Конвенції 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 Конвенції не відбувався, доки не стало очевидним, що накопичення практики Люксембурського суду у царині захисту прав людини на основі застосування положень Хартії ЄС (зокрема, тих, які закріплюють права людини одноіменні з правами, гарантованими Конвенцією) тягне за собою поступове розходження правозахисної практики Суду ЄС та Конвенції. Відтак у липні 2010 р. розпочалися переговори щодо приєднання ЄС до ЄКПЛ, результатом яких стало вироблення відповідного проекту договору.

Отож, розглянемо більш детально юридичні норми відповідно до цього проекту, котрі опосередковуватимуть

процес приєднання ЄС до Конвенції і, що має особливе значення у контексті нашого дослідження, визначатимуть межі судового нагляду ЄСПЛ за актами органів ЄС після підписання зазначеного договору (далі – Договір про приєднання).

Стаття 1 (b) Протоколу № 8 до Договору про приєднання містить вимогу про те, що така угода «передбачає створення механізму, завдяки якому скарги держав – нечленів ЄС та індивідуальні звернення про порушення прав людини правильно адресувалися, відповідно, проти держави – члена ЄС або самого ЄС» [8]. Водночас ст. 3 цього Протоколу визначає, що «ніщо в Договорі про приєднання не впливатиме на застосування ст. 344 ДФЄС», а ст. 6 (2) Договору про ЄС встановлює, що «приєднання до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не впливатиме на повноваження Союзу, визначені в угодах» [9]. 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» [10, 191]. Інакше кажучи, ст. 344 ДФЄС встановлює монополію Суду ЄС щодо вирішення будь-яких спорів, які виникають між державами-членами і стосуються права ЄС.

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

По-перше, важливим є те, що приписи ст. 344 ДФЄС фактично виступають юридичною підставою унеможливлення звернення до ЄСПЛ однієї держави – члена ЄС проти іншої держави-члена щодо порушення нею прав людини, котре є результатом застосування права ЄС. Відтак юри-

дичні можливості звернення до ЄСПЛ за захистом прав людини у справах, котрі стосуються застосування державами-членами права ЄС, фактично зводяться нанівець [10, 182].

По-друге, схожа проблема постає у випадку гіпотетичного звернення зі скаргою на порушення прав людини, гарантованих ЄКПЛ, держави – члена ЄС проти самого ЄС або ж ЄС проти держави-члена. Оскільки предметом такої скарги, так чи інакше, буде проблема тлумачення та застосування права ЄС, такі справи також «виходитимуть» за межі юрисдикції ЄСПЛ.

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

Звернення недержавних суб'єктів.

Що стосується індивідуальних звернень стосовно 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*» [10, 327] та «*Mss v. Belgium and Greece*» [10, 328].

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 із регламентів ЄС, ЄСПЛ зазначив: «Дії держави, вжиті на виконання своїх юридичних обов'язків, є обґрунтованими, доки 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 при-

наймні еквівалентним до того, який забезпечує Конвенція» [10, 327]. У декількох наступних рішеннях ЄСПЛ підтримав та дещо уточнив своє розуміння принципу «еквівалентного захисту прав людини», зокрема щодо дотримання обов'язків, котрі випливають зі ст. 6 Конвенції (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. 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 випадку надає державі певну самостійність у діях, яку вона не використала». Відтак ЄСПЛ зазначив, що «підхід, вироблений у справі “*Bosphorus v. Ireland*” не може застосовуватися» [10, 342].

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 про те, 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 нескладно.

Що стосується індивідуальних звернень проти самого ЄС (попри 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 та роз-

поділу владних повноважень між державами — членами ЄС та його органами, — не буде великою.

Наведений вище аналіз положень проекту Договору про приєднання ЄС до Конвенції дозволяє, як видається, констатувати максимальне врахування інтересів ЄС, а саме: збереження унікального (*sui generis*) правового порядку ЄС, розподілу компетенції між його інституціями та державами-членами, а також попередження втручання будь-яких «небажаних» суб'єктів у правову систему ЄС.

Здавалося б, що у такому формулюванні Договору про приєднання мав би у найближчому майбутньому набрати юридичної сили і надати, нарешті, ЄС повної легітимності в обговоренні з іншими державами питань дотримання прав людини. Однак всупереч будь-яким очікуванням 18 грудня 2014 р. Суд ЄС прийняв Висновок 2/13 щодо невідповідності Договору про приєднання ЄС до ЄКПЛ установчим договором ЄС, внаслідок чого приєднання ЄС до Конвенції відкладається на невизначений термін [11, 90].

Докладний аналіз цього Висновку Суду ЄС потребує, вочевидь, окремого дослідження. Однак варто звернути увагу, що головним аргументом, який Суд ЄС поклав в основу свого негативного рішення, як не парадоксально, є саме тим комплексом проблем, які розробники документа намагалися вичерпно передбачити та врегулювати забезпечення принципу: 1) верховенства права ЄС; 2) добросовісного співробітництва держав — членів ЄС та автономії права ЄС; 3) монополії Суду ЄС на вирішення конфліктів, а також 4) проблема залучення ЄС або держави-члена як співвідповідачів [11, 83–91].

Тож розглянемо окремі аргументи Суду ЄС, які, на його думку, виступають за своєю суттю вагомими перешкодами на шляху приєднання ЄС до Конвенції.

Проблема дотримання принципу верховенства права ЄС. У згаданому вище Висновку Суду ЄС зазначає, що «передача повноважень по контролю за діями ЄС зовнішньому судовому органу (ЄСПЛ), рішення якого будуть мати для ЄС обов'язковий характер, саме по собі не суперечить праву ЄС. При цьому у ЄСПЛ не повинно бути можливості ставити під сумнів висновок Суду ЄС стосовно сфери дії права ЄС, зокрема того, чи зв'язана держава — член ЄС обов'язком дотримання основоположних прав та свобод ЄС».

Як зазначають коментатори Висновку Суду ЄС, проблема полягає у тому, що ст. 53 Конвенції надає право державам — членам ЄС встановлювати більш високі стандарти захисту прав людини, аніж ті, які закріплені ЄСПЛ. Відтак Суд ЄС звертає увагу на потенційну загрозу того, що у випадку приєднання ЄС до Конвенції, за умовами чинного проекту Договору про приєднання, держави — члени ЄС зможуть використовувати *ст. 53 Конвенції як підставу для відмови виконувати свої зобов'язання відповідно до права ЄС*, навіть незважаючи на наявність відповідної попередньої практики Суду ЄС (його рішення у справі «*Melloni*», за яким держави не можуть відмовлятися від виконання вимог права ЄС, посилаючись на те, що їх внутрішнє законодавство передбачає більш високий ступінь захисту прав людини, аніж Хартія ЄС [10, 376]).

Чи можна погодитися з тим, що у цій частині Висновку 2/13 аргументи Суду ЄС мають переконливий характер? Навряд.

По-перше, захист і забезпечення основоположних прав та свобод людини не є єдиним пріоритетом сучасних держав — членів ЄС, а така ціль балансується з іншими загальносуспільними інтересами — такими як, наприклад, стабільний економічний розвиток, збереження безпеки та розвиток демократії. Так, відповідно до ст. 67 ДФЄС,

«ЄС створює простір свободи, безпеки та законності при дотриманні основоположних свобод». Відтак, за умови проведення відповідними інституціями ЄС збалансованої політики у сферах, переданих державами — членами ЄС наднаціональним органам ЄС, такої проблеми просто не виникатиме.

По-друге, досвід окремих держав — членів ЄС свідчить, які непередбачувані та шкідливі суспільні наслідки можуть викликати неадекватні правові і політичні кроки окремої держави-члена щодо самого ЄС. Так, економічні проблеми Англії після проведення національного референдуму на предмет виходу з ЄС, гадаємо, стануть пересторогою для інших держав приймати поспішні й сумнівні правові та політичні кроки щодо ЄС. Відтак держави — члени ЄС навряд чи поспішатимуть сьогодні з правовими рішеннями (у нашому випадку — відмовлятися від виконання вимог права ЄС під приводом забезпечення основоположних прав та свобод), які ставлять у загрозове становище їхній чинний статус у правопорядку ЄС.

І, нарешті, оскільки Хартія ЄС включає права людини, гарантовані Конвенцією, дотримання мінімальних стандартів прав людини, розроблених у відповідній практиці ЄСПЛ, буде достатнім для того, аби були відхилені аргументи для критики держав-членів щодо недотримання ЄС необхідних показників прав людини.

Проблема дотримання монополії Суду ЄС щодо вирішення правових спорів. Ще одна перешкода, на яку вказує Суд ЄС у своєму Висновку 2/13 як підставу непідписання Договору про приєднання, є те, що приєднання ЄС до ЄКПЛ відкриє для держав — членів ЄС можливість подачі до ЄСПЛ міждержавної скарги (на основі ст. 33 ЄКПЛ) чи то проти самого ЄС, чи то проти іншої держави-члена, чим буде порушено ст. 344 ДФЄС. Однак, як було з'ясовано вище, ст. 344 ДФЄС встанов-

лює монополію Суду ЄС на вирішення тих спорів, у яких порушується питання застосування чи тлумачення права ЄС. Відтак у випадку порушення державою — членом ЄС принципу добросовісного співробітництва (який вимагає у спорах щодо питань тлумачення та застосування права ЄС звертатися передусім до Суду ЄС), Європейська комісія має у своєму розпорядженні всі необхідні правові інструменти (подання позову до держави — члена ЄС про невиконання нею своїх зобов'язань) для притягнення винних до юридичної відповідальності [11, 89]. Отже, проблема, на яку вказує Суд ЄС у згаданому Висновку, не має реальної практичної значущості.

Підбиваючи підсумки, необхідно зазначити про таке:

1. Аналіз процесів юридичного гарантування основоположних прав та свобод у ЄС дозволяє констатувати наявність значного поступу в напрямі

захисту прав та свобод; на зміну первісних правових позицій Суду ЄС про заперечення необхідності захисту прав людини в ЄС було прийнято відповідні зміни до установчих договорів ЄС, за якими дотримання принципу захисту основоположних прав людини трансформовано на необхідну правову умову членства в ЄС;

2. Приєднання ЄС до Конвенції може стати позитивним кроком, який, у підсумку, приведе до гармонізації праволюдних стандартів Ради Європи та ЄС. Однак негативний Висновок 2/13 від 18 грудня 2014 р. зупинив такий процес на невизначений строк;

3. Відновити процес приєднання ЄС до Конвенції можна, як видається, лише після суттєвого доопрацювання Договору про приєднання і внесення відповідних змін до установчих договорів ЄС.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. Табушка С. Развитие защиты прав человека в рамках правовой системы Европейского Союза // Право Украины. — 2013. — № 3. — С. 100–107.
2. Case C-26/62 Van Gend en Loos vs. Belasting Administration of February 5, 1963 // European Court Reports. — 1963.
3. Nanette N. A. Allan R. The European Union and Human Rights. — The Hague ; Boston ; London, 1995. — 246 p.
4. Хартия Европейского Союза об основных правах. Комментарий. — М., 2001. — 203 с.
5. Энтин К. В. Присоединение Евросоюза к ЕКПЧ // Европейское право. — 2012. — № 3. — С. 111–123.
6. 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 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://curia.europa.eu/juris/document/>.
7. Исполнов А. С. Практика ЕСПЧ в отношении Европейского Союза: некоторые уроки для ЕврАзЭС // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. — 2012. — № 3. — С. 112–114.
8. Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en.pdf.
9. Белова Г. Институциональные и процессуальные проблемы, связанные с присоединением Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Право Украины. — 2013. — № 3. — С. 109–113.
10. Gaja G. Accession to the ECHR // EU Law After the Lisbon Treaty / ed. by B. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley. — Oxford, 2012.
11. Энтин К. В. Присоединение Европейского Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод: анализ Заключения Суда ЕС 2/13 // Сравнительное Конституционное обозрение. — 2015. — № 3. — С. 83–91.

REFERENCES

1. Tabushka S. Razvitie zashchity prav cheloveka v ramkakh pravoy sistemy Evropeyskogo Soyuzha [Development of human rights protection within legal system of the European Union], *Pravo Ukrainy*, 2013, no. 3, pp. 100–107.
2. Case C-26/62 Van Gend en Loos vs. Belasting Administration of February 5, 1963, *European Court Reports*, 1963.
3. Nanette N. A. Allan R. The European Union and Human Rights, The Hague; Boston; London, 1995, 246 p.

4. Khartiya Evropeyskogo Soyuzha ob osnovnykh pravakh. Kommentariy [Charter of the European Union about basic rights. Comment], Moscow, 2001, 203 p.
5. Entin K. V. Prisoedinenie Evrosoyuzha k EKPCCh [Accession of the European Union to EConHR], *Evropeyskoe parvo*, 2012, no. 3, pp. 111–123.
6. 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. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/>.
7. Ispolinov A. S. Praktika ESPCh v otnoshenii Evropeyskogo Soyuzha: nekotorye uroki dlya EvrAzeS [Practice of ECHR concerning the European Union: some lessons for EurAsEC], *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatelstva i sravnitel'nogo pravovedeniya*, 2012, no. 3, pp. 112–114.
8. Draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights. Available at: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Working_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en/pdf.
9. Belova G. Institucionalnye i protsessualnye problemy, svyazannye s prisoedineniem Evropeyskogo Soyuzha k Evropeyskoy Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod [The institutional and procedural problems connected from accession of the European Union to the European Convention on human rights protection and fundamental freedoms], *Pravo Ukrainy*, 2013, no. 3, pp. 109–113.
10. Gaja G. Accession to the ECHR, *EU Law After the Lisbon Treaty*, Oxford, 2012.
11. Entin K. V. Prisoedinenie Evropeyskogo Soyuzha k Evropeyskoy Konventsii o zashchite prav cheloveka i osnovnykh svobod: analiz Zaklyucheniya Suda ES 2/13 [Accession of the European Union to the European Convention on human rights protection and fundamental freedoms: analysis of the Conclusion of Court of the EU 2/13], *Sravnitel'noe Konstitutsionnoe obozrenie*, 2015, no. 3, pp. 83–91.

Добрянський С. П. Приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: доцільність, проблеми та перспективи

Анотація. У статті охарактеризовано особливості становлення та розвитку інституту прав людини у Європейському Союзі. Аналізуються норми Хартії основоположних прав Європейського Союзу як головного юридичного інструменту гарантування прав людини цього міжнародного формування, а також досліджуються перспективи удосконалення юридичного гарантування основоположних прав і 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.

Добрянский С. П. Присоединение Европейского Союза к Конвенции о защите прав человека и основных свобод: целесообразность, проблемы и перспективы

Аннотация. В статье характеризуются особенности становления и развития института прав человека в Европейском Союзе. Анализируются нормы Хартии основоположных прав Европейского Союза как главного юридического инструмента гарантирования прав человека в данном международном объединении, а также исследуются перспективы усовершенствования юридического гарантирования основных прав и свобод в ЕС с учетом подготовки Договора о Присоединении Европейского Союза к Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Ключевые слова: права человека, Европейский Союз, Конвенция о защите прав человека и основных свобод.

Dobrianskyi S. Accession of the European Union to the Convention on Protection of Human Rights and Basic Freedoms: Expediency, Problems and Prospects

Annotation. Specifics of human rights institution development and formation in the European Union are researched. Norms of the Charter of the Fundamental Rights of the European Union are analyzed through the prism of Charter understanding as the main legal instrument of human rights protection in this international organization, as well as perspectives of legal protection enhancing of human rights in this international formation are researched. A special emphasis is being made in relation to the possible accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of the Council of Europe. Efforts are being made for analyzing draft legal instruments on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights – Agreement on Accession.

Key words: Human Rights, European Union, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

*На допомогу студентам, аспірантам,
викладачам та науковцям у царині права,
а також суддям, адвокатам, прокурорам
та працівникам публічної служби*

**ЛЕКЦІЯ
ДОКТОРА ЮРИДИЧНИХ НАУК
СЕРГІЯ ГОЛОВАТОГО:
«РОЗУМІТИ ЛЮДСЬКІ ПРАВА
ЗА ЗАХІДНОЮ ПРАВНИЧОЮ ТРАДИЦІЄЮ»***



С. ГОЛОВАТИЙ
*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
член Європейської Комісії
«За демократію — через право»
(Венеційська Комісія),
член Міжнародної асоціації
конституційного права (IACL-AIDC)*

<...> книжка [Головатий Сергій. Про людські права. Лекції. — К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2016. — і–xxiv, 760 с.] написана передовсім для студентів, котрі вивчають право, щоб розуміти інститут *людських прав* загалом: і як частину міжнародного права, і як складову національного українського права. Не виключено, що вона стане в пригоді також і викладачам різних правознавчих дисциплін, а щонайперше тієї, яка є основою основ — конституційного права. Є сподівання, що вона знадобиться ще й тим, хто працює в ділянці правничої професії — суддям, адвокатам, обвинувачам. Бо захист людських прав та дієвість його механізмів величезною мірою залежать від якості правничої професії.

Ось чому критичною є потреба спрямувати зусилля на стратегічно важливих напрямках не просто удосконалення, а докорінної перебудови всієї системи юридичної освіти та запровадження нової якості підготовки тих, хто заступає на посади професійної діяльності в правничій сфері. А це стосується як кожного студента правничих шкіл (передовсім університетів), так і кожного, хто там викладає, а щонайбільше — майбутнього фахівця: судді, адвоката, публічного обвинувача.

Наявна донині в Україні система правничої освіти була запроваджена ще за радянських часів як відповідь на запит тодішнього політичного режиму — тоталітарного. Підготовка правників провадилась здебільшого на задоволення потреб репресивної системи. І хоча минуло вже майже чверть століття відтоді, як Україна обрала шлях демократії та дещо згодом приєдналась до основоположних європейських документів, котрі

* Із Передмови в кн.: Головатий Сергій. Про людські права. Лекції. — К.: ДУХ І ЛІТЕРА, 2016. — і–xxiv, 760 с.

становлять фундамент і параметри європейського юридичного простору, заснованого на європейських цінностях, сучасний стан правничої освіти в нашій країні й досі не узгоджено з європейськими моделями. Період незалежності нашої держави не позначився істотними змінами в цій справі: впродовж двох останніх десятиріч більшість навчальних дисциплін, що їх викладають в українських юридичних школах, не було переглянуто. У результаті — студенти-правники, здобуваючи освіту в рамках застарілої навчальної системи, виявляються не пристосованими до нових реалій, що виникають відповідно до обраної Україною стратегії на утвердження в державі та суспільстві правдивої демократії за європейським взірцем. Наявний же в Україні юридичний навчальний матеріал загалом мало відповідає самій меті правничої професії, чим є власне *захист людських прав*.

При викладанні навчальних курсів в українських правничих школах натеper іще бракує нової методології та відповідних їй підходів. Наявні навчальні курси здебільшого було вироблено на основі *позитивістської* теорії права, яка свій погляд концентрує виключно на поданні та вивченні *законодавства*. Такий стан різко контрастує з підходами до правничої освіти в сучасних країнах Європи, де на основі теорії *природного права* студенти здобувають знання передовсім стосовно *доктрин, принципів, інститутів, механізмів та процедур*, що стоять на сторожі людських прав.

Ключ до розуміння людських прав — це їхня філософська основа, це ідеї, теорії та доктрини, які еволюціонували в юридичні принципи, а також судова практика, і насамперед та, що її напрацював Європейський Суд у Страсбурзі. Через це в книжці дуже мало місця відведено характерному досі для вітчизняного підходу переповіданню норм позитивного права, узятих чи то з міжнародного, чи з національного права, зокрема з українського законодавства. Натомість здійснено спробу відійти від такого традиційно позитивістського підходу. Отже, наголос зроблено на методології, а не матеріальному праві. Юристи повинні знати, як самим вести пошук тих приписів права, що є необхідними. А знайшовши їх, вони повинні знати, як застосовувати їх на практиці.

Та навіть за наявності ключа до розуміння філософської основи людських прав і вже сформованої на ній юридичної матерії в цій ділянці доволі серйозною перешкодою — як для українського студента-правника, так і для вітчизняного викладача чи вченого — є невідповідна українська правнича мова, що увійшла в нашу практику не прямо (через внутрішнє джерело походження), а опосередковано, зі сторони (шляхом бездумного калькування та запозичення), усталившись із російських текстів радянської доби.

Тому, аналізуючи відповідні приписи міжнародного права, я використовую їхні україномовні відповідники у власному перекладі з англійської, нехтуючи навіть тими україномовними текстами, що мають статус офіційного перекладу. Причин на те декілька.

По-перше, англійська мова є однією з офіційних мов міжнародних організацій (ООН, Ради Європи, Європейського Союзу тощо), їхніх органів та установ. Вона так само є однією з мов (друга — французька), якими укладають офіційні тексти рішень Європейського Суду в Страсбурзі, котрий формує загальноєвропейський нормативний стандарт у ділянці людських прав.

По-друге, за сучасних умов український юрист (де б він не перебував у майбутньому, застосовуючи знання своєї професії, — на офіційних посадах юридичної або політичної систем чи ведучи юридичну практику приватно) не лише неодмінно мусить мати достатній рівень знань у сфері права відповідно до усталеного в Європі його розуміння, а й бути готовим працювати безпосередньо з документами, що їх укладають у європейських структурах, бодай однією з офіційних мов. Так, зокрема, будь-який ретельний аналіз Європейської Конвенції з людських прав обов'язково має здійснюватись із застосуванням однієї з офіційних мов Страсбурзького Суду.

По-третє, наявні україномовні тексти документів міжнародного права (із статусом «офіційного перекладу», що надало їм Міністерство закордонних справ України) є не зовсім придатними для суто юридичного вжитку. Щоправда, їх можна читати — але не більше того, — аби отримати переважно інформацію про предмет документа.

Той факт, що більшість із найважливіших документів у ділянці людських прав, якими студент-правник неодмінно має оволодіти (а це передовсім і Статут ООН 1945 р., і Всесвітня Декларація людських прав 1948 р., і два Міжнародні Пакти 1966 р.,

і Статут Ради Європи 1949 р., і навіть — до недавнього минулого — Європейська Конвенція з людських прав 1950 р.), в українській офіційній вжиток відповідно до історично обумовлених обставин увійшли шляхом їх перекладу ще за часів СРСР російською мовою.

Для мене очевидним стало те, що тоді було зроблено подвійний переклад: спочатку — з англійської (чи французької) російською, а відтак — із російської українською. Унаслідок цього перекладені на українську мову тексти втратили філософсько-юридичну сутність стосовно великої низки ключових формул і понять, котрі були закладені в автентичних текстах. Звідси — ці тексти є малопридатними для юридичного застосування. Питання: що ж, власне, стояло за такою якістю перекладу — ідеологічні, політичні чи суто фахово-лінгвістичні причини — тема окремої розмови. Утім, найважливіше — в наявних офіційних перекладах українською ключові юридичні поняття, категорії та формули виявились спотвореними. А це насправду — вихолощення їх посутнього змісту, що унеможливило осягнення первісно закладених у цих міжнародних документах тих ідей, які в подальшому перетворились на матеріальне наповнення юридичним змістом відповідних понять, категорій та формул.

Наведу бодай кілька важливих прикладів — стосовно п'яти принципових понять у цій ділянці:

- щодо поняття “*human rights*”;
- щодо офіційної назви Декларації ООН 1948 р. як “*universal*”;
- щодо поняття “*bill of rights*”;
- щодо понять “*fundamental rights*” або “*fundamental freedoms*”;
- щодо поняття “*the rule of law*”.

Щонайперше, не можна не помітити, що в назві книжки замість усталеного в українській правничій мові та в загальному вжитку поняття «права людини» я цілеспрямовано застосував ще незвичне для загалу словосполучення *людські права*.

Щодо заміни вислову «права людини» на людські права

Така заміна не є проявом смаку. Вона має принциповий характер.

Як відомо, поняття «права людини» в нас усталилось як таке, що міститься в тексті офіційного перекладу українською ООНівського документа (Декларації 1948 р.), де англословним оригіналом є “*human rights*”, а франкомовним — “*les droits de l’homme*”.

Немає жодного сумніву, що до офіційного перекладу україномовної версії документа терміносполучення *права людини* увійшло як калька з російського *права человека*, бо за часів СРСР єдиною офіційною мовою в усій союзній державі була російська. Українська ж мова (попри те, що Українська РСР була однією із засновниць ООН) не мала жодного юридичного статусу, а отже, її застосування в офіційному вжитку було зведено майже до калькування російськомовних текстів міжнародного чи внутрішньосоюзного характеру, писаних у Москві.

Утім, досі поза увагою лишається та немаловажна обставина, що укладачі ООНівського документа якраз 1948 року самі відмовились від запровадженого ще з другої половини XVIII століття англословного вислову “*the rights of man*”, послівним (дзеркальним) перекладом якого — що українською, що російською, що французькою мовами — є відповідно: *права людини* / *права человека* / *les droits de l’homme*. Сам же термін “*the rights of man*” є похідним. Він увійшов в англійську мову шляхом тогочасного послівно дзеркального перекладу з французької вислову “*les droits de l’homme*”, що його вперше було офіційно зафіксовано у Французькій Декларації прав людини і громадянина 1789 р. (*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen, 1789*). Уже роком пізніше Французької революції (наслідковим документом якої, власне, й стала Французька Декларація) англійський письменник, філософ і публіцист Томас Пейн (*Thomas Paine*), ключова фігура Французької та Американської революцій XVIII століття, публікує свій знаменитий трактат “*The Rights of Man*” (1790), назва якого є послівним відтворенням французького терміна *les droits de l’homme*. Так в англословному світі тривало, аж допоки не сталася радикальна зміна 1948 року, коли ухвалили ООНівську Декларацію *людських прав*. Утім, тоді цієї зміни не сталося в російськомовному (відповідно — і в україномов-

ному) вжитку. Тому й понині в цих середовищах *права человека / права людини* зберігається як послівний відповідник французького *les droits de l'homme*.

Постає питання: а чи є виправданим подальше застосування в українській правничій мові вислову *права людини* як покомпонентного (послівно дзеркального) відтворення французького вислову *les droits de l'homme*, тоді як англомовний світ перейшов на інший його відповідник — *human rights*?

Хтось неодмінно закине: а яка, мовляв, різниця? Та не матиме рації. Бо ж різниця разюча!

Французький вислів *les droits de l'homme* має синонімічний аналог *les droits humains*, що відрізняється граматичною структурою: роль означення в ньому виконує прикметник *humain* («людський»). На перший погляд, ці два вислови здаються тотожними за семантикою, однак уважніший розгляд дає змогу побачити їх суттєві змістові відмінності. У кожному з них опорною граматичною одиницею є іменник *les droits* («права»). Прикметник *humains*, що виконує роль означення, забезпечує вищий ступінь змістової цілісності вислову, ніж використання в ролі означення прийменниково-іменникової конструкції *de l'homme*. Граматична форма *de l'homme*, що є аналогом українського родового відмінка — (*права*) *людини*, придатна для використання в ролі моделі для тиражування структурно подібних висловів, наприклад, *les droits des nègres*, *les droits des enfants*, *les droits des animaux* (права чорношкірих, права дітей, права тварин і т. ін.). Наявність такої граматичної моделі створює уявлення про означення як про свого роду змінний компонент при граматично опорному елементі *les droits* («права»). З погляду відображення сутності явища людських прав така синтаксична модель породжує хибні презумпції, що начебто людські права є одним із різновидів прав у ланцюжку: *права* чорношкірих, дітей, тварин і т. ін. Іще недолугіше на цьому тлі постає щочастіша вже практика останніх днів, коли журналісти, політики, а то й навіть правники застосовують юридично непридатну конструкцію «права людей». На противагу цьому вислів *les droits humains* є істотно адекватнішим, позаяк епіцентром змісту в ньому виступає прикметник *humains* (у значенні *les droits inhérents à la personne humaine* — властиві людині права).

Ще виразніше пріоритетність змістового компонента «людський» підкреслює англійська синтаксична модель *human rights*, у складі якої прикметник *human* згідно з англійською граматикою розташований перед означуваним іменником і на нього падає логічний наголос.

Новочасне англомовне *human rights* має багатовікову історію. Його витoki — у латиномовному *ius naturale*, котре за своїм сучасним розумінням того, чим наділена особа, вперше з'явилося ще в Середні віки. Саме тоді вважалося, що Бог вмістив у нас природні схильності до добра, нахили, що спричиняють правила, які скеровують до дії. Ці правила становили суть *законів природи*, з яких виводяться *природні права*. Від теологічного змісту ідеї природних прав відмовились у XVII і XVIII століттях, коли мислителі перейшли на визнання того, що *людські права* є приступними лише завдяки людському розумові, без віри в Бога. У XVIII столітті така ідея перемістилась із книжок на барикади (під час Американської та Французької революцій), і французи ознаменували секуляризацію цієї ідеї шляхом заміни *природних прав* на *les droits de l'homme*. У своєму секуляризованому вигляді ця ідея з кінця XVIII століття переважно сприймалась як така, що базується на законах природи, але тоді розуміння законів природи було звужено лише до сприйняття їх як морального принципу поза позитивним правом. І лише по Другій Світовій війні та передовсім зі створенням ООН у відповідному офіційному документі, яким стала Декларація 1948 р., здобуває втілення ідея кінця доби Просвітництва, суть якої відтоді лишається незмінною досі: йдеться, власне, про *права, що їх кожен із нас має лише завдяки тому, що кожен із нас є людською істотою (людиною)*¹.

Але, попри незмінність самої ідеї в документі, він формально не дає відповіді на запитання: чим пояснюється заміна англомовного “the rights of man” на “human rights” і що, власне, в цьому останньому означає “human”?

Дехто схильний вважати, що оскільки англійське “man” одночасно означає і «людина», і «особа чоловічої статі», а відповідний ООНівський Комітет, який опрацьовував

¹James Griffi n. On Human Rights. — Oxford : Oxford University Press, 2008 (Repr. 2013). — P. 10–13.

проект Декларації, очолювала дружина тодішнього президента США — Елеонора Рузвельт, то це буцімто і спричинило таку заміну на основі сексизму (про це докладно йтиметься в одній із лекцій книжки). Не відкидаючи геть таких міркувань, слід бачити те, що в такій заміні криється принципово інша, ніж заснована на сексизмі, причина. За своїм значенням англійське *human* — це *людський; властивий людині*. Намір укладачів ООНівського документа 1948 року замінити англійське “the rights of man” на “*human rights*” мав явне бажання зробити наголос саме на *трансцендентному характерові* проголошених Декларацією прав. І в цьому зв’язку дуже важливо, що англійське *human* — це саме те, що й українською *людський* у значенні: 1. Прикм. до люди // Належний людям // Власт., притаманний людині (**Людська істота** — людина; **Рід людський** — людство)¹.

Через це, на моє переконання, навряд чи знайдеться інший повноцінний український відповідник англійському *human rights*, ніж *людські права*. Попри те, що, як і поняття «права людини», вислів «людські права» є двослівним, він виступає самостійною семантичною одиницею, не є складеним поняттям, а є нерозкладним і таким, що робить наголос на *людськості* прав, а не на тому, хто є носієм прав. На відміну від цього, усталений вислів «права людини» є складеним поняттям, що містить два елементи («права» + «людина», де друге слово стоїть у родовому відмінку). У цій якості він *volens nolens* спрямовує думання (вказує) на *адресата* прав, а не на їхню *природу* (характер їх походження). Така складена (розкладна) конструкція стосовно суб’єктивних прав є набагато доступнішою для їх надто спрощеного розуміння. За такої конструкції не потрібно додаткових зусиль мозку, щоб, глянувши на формулу «права людини», відразу ж зробити висновок про те, що йдеться про *права*, які *надано людині*, а не комусь (чому) іншому, приміром тварині, птахові, дереву, каменю тощо. Здавалось би — логічно. Але можна тоді поставити питання так: а чи має *права* тварина, птах, дерево, камінь? Хтось казати-ме: а чому б і ні? І певною мірою матиме рацію.

Взяти б до прикладу найновіші тенденції в одній із національних юридичних практик, коли товариство *Nonhuman Rights Project* (США), починаючи ще з 2013 р., намагається визволити з утримання в науково-дослідницькому центрі Університету в Стоун-Брук (штат Нью-Йорк) пару шимпанзе — Геркулеса і Лео. Активісти товариства захисту прав тварин свою позицію вибудовують на тому, що і на тварин поширюється право *habeas corpus* (яким встановлено презумпцію незаконності затримання). Вони стверджують: «У нас є наукові докази, котрі дозволяють показати судові, що слони, великі мавпи, кити і дельфіни — самостійні істоти, які заслуговують на свободу. Рішення судді посилять наші аргументи на користь того, що нелюдські істоти не можуть бути чиею власністю»².

За таких новітніх тенденцій українське словосполучення «права людини» дозволяє припускати наявність прав і в нелюдських істот та застосовувати формулу «права тварин». За пропонованого мною підходу — застосування формули «*людські права*» як самостійної семантичної одиниці, коли її двослівна формула виключає розкладний характер — можливість виникнення поняття «тваринячі права» наближається до нуля.

В аспекті порушеної проблеми є не менш вагомі докази юридичного характеру на користь застосування словосполучення *людські права* замість «права людини». Останнє якщо не обов’язково скеровує (чи скеровуватиме) до позитивістського сприйняття *прав*, то принаймні завжди спокушатиме до такого. Цього не уникнути. Кажучи «права людини», завжди є (і буде) спокуса знайти *того*, хто їх *дав*. Сам же факт їх *надання* неминуче пов’язуватиметься з людською діяльністю, внаслідок чого з’являються акти позитивного права, в яких відбувається їх офіційний виклад, — національні (конституції, закони тощо) чи міжнародні (конвенції, договори, декларації тощо). І це правильно. Але в такий спосіб стають відомими людям не лише «права людини» як загальна категорія, а й окремі спеціальні категорії прав — права *дитини*, права *жінок*, права *гірників*, права *пацієнтів*, права *споживачів* тощо. І насправду, всі такі категорії виникають лише на підставі актів позитивного права, що є продуктом людської діяльності. Тоді як

¹ Словник української мови (Академічний тлумачний словник, 1970–1980): в 11 т. — Т. 4. — 1973. — С. 570.

² Джерело: <http://gektimes.ru/post/249322/>

людські права не є такими: вони є *внутрішньою властивістю самої людини*, що вказує на *трансцендентний характер прав*, офіційно проголошених в актах позитивного права. І через це перетворення формули «права людини» на *людські права* є не тільки можливим, а й неодмінним (що має своє цілковите виправдання), тоді як перетворення (за аналогією) формул «права дитини», «права жінок», «права гірників», «права пацієнтів», «права споживачів» тощо на «дитячі права», «жіночі права», «пацієнтські права» чи «споживацькі права» буде недолугим і прямуватиме до абсурду.

Уже після того, як у цьому питанні на основі власних міркувань я дійшов наведених вище висновків та до відповідної пропозиції (замість усталеного поняття «права людини» надалі застосовувати вислів *людські права*), мені поталанило натрапити в одному з наукових джерел на міркування доволі авторитетного в міжнародних колах науковця-конституціоналіста, які істотною мірою підтверджують небезпідставність моєї позиції. У своїй праці Віктор Осятинський (*Wiktor Osiatyński*), професор Центральноєвропейського університету (м. Будапешт), подає доволі розлогий аналіз «історії людських прав», де вже на самому початку наголошує на чіткій відмінності між двома ідеями: з одного боку — ідеєю «особистих прав» (*individual rights*), що виникла ще в Середньовіччі та утвердилась у XVIII столітті, а з другого — ідеєю «людських прав» (*human rights*), що по суті є поняттям аж XX століття. Автор веде мову про те, що притаманна кожній із цих ідей тяглість та їх відмінність поміж собою не втратили свого значення й понині, «впливаючи на самé розуміння природи, значення та методів практичного впровадження людських прав»¹.

Утім, суть різниці між поняттям «права людини» (*the rights of man*) як того, що виникло в рамках відповідної концепції в добу Просвітництва, та поняттям «людські права» (*human rights*) як того, що вперше здобуло своє унормування в міжнародних юридичних документах по Другій Світовій війні, досить докладно буде розкрито в одній із пропонованих лекцій.

Щодо офіційної назви Декларації ООН 1948 р.

Ухвалена Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 р. *Декларація людських прав* у своїй офіційній назві містить ознаку, зміст якої англійською і французькою мовами подано за допомогою слів *universal* (англ.) та *universelle* (фр.). Тепер же погляньмо, як ця ознака відповідно російською та українською мовами в текстах, що їх слід сприймати як офіційні — так, як їх обидва представлено на офіційному сайті Верховної Ради України². Російською мовою відповідником виступає слово *всеобщая*, а українською — *загальна*. За сучасним тлумачним словником російської мови³ термін *всеобщий* має два значення: 1. *Относящийся ко всем, охватывающий всех*; 2. *Общий у всех, одинаковый для всех*. А українське *загальний* за тлумачним словником української мови⁴ має такі значення: 1. *Який стосується, торкається всіх, усього, поширюється на всіх, на все в цілому. // Який охоплює все, всіх*. 2. *Призначений для спільного користування кількома, багатьма*. 3. *В якому беруть участь усі присутні. // Який виявляється всіма, який виходить від усіх*. 4. *У повному обсязі, у певній кількості, в цілому; весь*. 5. *Який містить лише головне, суттєве, без подробиць; основний. // Який стосується основ чого-небудь, охоплює всі основні сторони чогось. // Те, що становить суть, основу чого-небудь*. 6. *Який не має спеціального, фахового ухилу, спеціального призначення*. 7. *Позбавлений конкретності, схематичний, абстрактний*.

Якщо порівняти російський і український відповідники, застосовані щодо англійського чи французького термінів офіційної назви Декларації, то стає очевидним, що обидва значення російського терміна в контексті сутності чи характеру документа збігаються лише з 1-м значенням українського терміна. За своїми 2-м, 3-м, 4-м, 6-м і 7-м

¹ <...> Див.: Wiktor Osiatyński. *Human Rights and Their Limits*. — Cambridge [e. a.]: Cambridge University Press, 2009. — P. 2–7.

² Джерело: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_015/print1398880221682135

³ Большой толковый словарь русского языка / гл. ред. С. А. Кузнецов. — Первое издание. — СПб.: Норинт, 1998 (обновленная редакция: 2014 год).

⁴ Словник української мови (Академічний тлумачний словник, 1970–1980): в 11 т. — Т. 3. — 1972. — С. 67.

значеннями українське *загальний* є зовсім непридатним для того, щоб передати сутність документа чи його характер найточніше до того, як він позначений англійським або французьким термінами. Єдиний виняток у цьому ряду — 5-те його значення, бо дійсно-таки ООНівська Декларація 1948 р. — це документ, що вмістив «лише головне, суттєве, без подробиць» у царині новопосталого тоді інституту людських прав; це документ, що «стосується основ» у цій ділянці та «охоплює всі сторони» її; це документ, що «становить суть, основу» царини людських прав. І, на перший погляд, за цим, 5-м, своїм значенням Декларації випадало би бути *загальною*. Якби не потужне «але!». Воно обумовлене 2-м, 3-м, 4-м та особливо 6-м і 7-м значеннями слова *загальний*. Адже аж ніяк не можна погодитись із тим, що ООНівський документ «не має спеціального, фахового ухилу, спеціального призначення» чи що його «позбавлено конкретності», або ж наділено «абстрактністю» (у відповідних лекціях таким аспектам буде приділено особливу увагу).

Під цим кутом зору українське *загальна* жодним чином не може бути придатним для відтворення того значення в назві Декларації, що несуть у собі англійське *universal* та французьке *universelle*. Навіть російське *всеобщая* заслуговує на визнання його таким, що є дуже наближеним (але не повним, до того ж не ідеальним) до англійського чи французького понять. Адже той аспект, за яким документ справді є *относящимся ко всем, охватывающим всех* чи *одинаковым для всех*, стосується лише *суб'єктів*, на яких він поширюється, тобто *кожної людини*. А це всього-на-всього *одна* з усієї множинності (щонайменше десять) ознак, що обумовлюють *універсальний* характер Декларації. Тут *універсалізм* документа максимально звужено, що не дозволяє охопити ті множинні його аспекти, зміст яких легко передається багатьма синонімами російського слова *всеобщий* (а їх щонайменше понад два десятки), де достатньо прийнятними є: *всесвітний, вселенский, божий* (разг.), *глобальный, мировой, универсальный*. Отже, не слово *всеобщий*, а саме цей ряд синонімів є тим, що найбільше (хоча й різною мірою) відповідає англійському *universal* чи французькому *universelle*. У цьому синонімічному ряду є ті номени, котрі відповідають філософському задумові та юридичному змістові, що їх було первісно закладено у формулах Декларації, з яких випливає *трансцендентний моральний характер* проголошених Декларацією прав.

Так-от, із цієї точки зору, українське *загальний* (у контексті назви Декларації ООН 1948 р.) не відповідає ні російському *всеобщий*, ні англійському *universal*, ні французькому *universelle*. Тому завдання стоїть таке: відшукати той український відповідник (для назви Декларації), за допомогою якого можна було б якщо не цілком, то принаймні щонайбільше передати *трансцендентний моральний характер* проголошених нею прав. Для цієї мети тією чи іншою мірою є підходящими три слова синонімічного ряду: *універсальний, світовий, усесвітний*. Але, як виявляється (за цитованим уже Словником української мови), слово *універсальний* (із значеннями: 1. *Який охоплює все або багатов чого у якійсь ділянці, галузі життя; всеосяжний*. 2. *Який має різноманітні знання, навички і т. ін.; різнобічний*)¹ є найменш придатним у цьому аспекті. Слово *світовий*, якщо застосовувати його як похідне від слова *світ* (за його другим значенням: 1. *Сукупність усіх форм матерії як єдине ціле; всесвіт*. 2. *Окрема частина всесвіту*. 3. *Земна куля. Земля з усім, що на ній є. // Усе живе; все навколишнє; все, що оточує людину. // Оточення = суспільство, люди*. 4. *Людське суспільство, об'єднане певними соціальними, культурно-історичними та етнографічними ознаками. // Лад, устрій, спосіб життя*. 5. *Певна галузь, сфера явищ природи. // Сукупність яких-небудь явищ, предметів, що оточують людину. // Певне коло явищ психічного життя (почуттів, переживань, уявлень і т. ін.)*. 6. *Певна галузь, сфера діяльності людей*. 7. *Обмежене коло людей, що складає вищий прошарок привілейованих класів буржуазно-дворянського суспільства*)², має декілька значень. Але три з них є такими, що дуже наближають нас до поставленого завдання: 1. *Стос. до світу (від слова світ у його першому значенні)*. 2. *Який стосується земної кулі; який охоплює всю земну кулю, все людство; всесвітний*. 3. *Власт. усім; людський*³.

¹ Словник української мови (Академічний тлумачний словник, 1970–1980): в 11 т. — Т. 10. — 1979. — С. 450.

² Там само. — Т. 9. — 1978. — С. 84.

³ Там само. — С. 95.

У такий спосіб виходимо саме на той український відповідник англійського *universal* чи французького *universelle*, котрий якнайповніше відтворює сутність та призначення ООНівського документа: ним є слово **всесвітній (усесвітній)**, яке в усіх аспектах своїх трьох значень (1. *Стос. до всесвіту, до законів його будови.* 2. *Який має відношення до всієї земної кулі.* // *Який охоплює весь світ, усе людство.* // *Який стосується всіх країн світу.* // *Який охоплює факти, досягнення науки й культури всіх країн світу.* 3. *Відомий усім, усьому світові.* // *Надзвичайно поширений; широко розголошений*)¹ передає всі відомі прояви універсальності людських прав та відкриває шлях до їх пізнання — на основі законів будови всесвіту, існування людства; як явища, що охоплює весь світ та поширюється на все людство; як те, що поширюється на кожну людину вже через те, що притаманне їй за природою, тощо. І найважливіше те, що лише цей український відповідник виконує свою головну місію — щонайвлучніше передає *трансцендентний моральний характер* проголошених Декларацією прав. Про це йтиметься осібно в одній із лекцій.

Тому замість невдалого, але усталеного, слова *загальна* в офіційній назві Декларації на сторінках цієї книжки застосовуватиметься обране (як відповідник англійського *universal* чи французького *universelle*) слово *всесвітня*, внаслідок чого документ тут називатиметься: *Всесвітня Декларація людських прав ООН 1948 р.*

Щодо поняття “bill of rights”

Немає жодного сумніву щодо того, що вживане в сучасній українській мові поняття «білль про права» зайшло до неї також із російської. Показовим щодо цього може бути переклад російською мовою класичної праці основоположника доктрини *правовладдя*, професора Оксфордського університету Алберта Вен Дайсі (*Albert Venn Dicey*), виданої 1885 року в Лондоні як *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* («Вступ до вивчення конституційного права») та 1907 року в Москві в перекладі російською за назвою «Основы государственного права Англии». Як видно із самої російської назви праці, у ній відтворено суто позитивістську традицію російської науки, за якою *конституція* вважається явищем *государственного права*, тобто тією річчю, яку творить *держава* задля підпорядкування собі особи. Зрозуміло, що таке сприйняття конституції є цілком протилежним до Західної традиції права, за якою *конституція* є витвором самого народу (а в англійській традиції — суддів), призначенням якого є упокорення держави (обмеження її свавільної влади) з метою утвердження свободи людини. У цьому полягає фундаментальна відмінність російської правничої культури (безвідносно, якого періоду — царсько-імперського, радянсько-комуністичного чи пострадянсько-путінського) від Західної. Така відмінність позначилась на численних спотвореннях Дайсієвої ідеї *правовладдя*, спричинених хибним (базованим на позитивістській традиції права) перекладом його праці з англійської російською. Десятки прикладів таких недоліків я наводив у своїй монографії, присвяченій осібно темі *правовладдя*².

У цій же численній низці недоліків — і переклад англійського поняття “*Bill of rights*”, яке російською подано як «Билль о правах»³. Ним же послуговуються і сучасні російські автори. А українською його застосовують, відповідно, як *білль про права*. Утім, англійське *bill* є доволі багатоваріантним за значенням: (1) законопроект, білль; (2) програма (*концерту та ін.*); афіша, плакат, реклама, рекламний листок; (3) рахунок (*за послуги, за крам і т. д.*); (4) список, інвентар; документ; посвідчення, свідоцтво; довідка; (5) вексель, тратта; (6) *юр. позов*; (7) *амер.* банкнота⁴. В усьому ряду значень англійського слова *bill* нас цікавитимуть, звісно, лише ті, що однозначно вказують на правничу сферу його застосування. Такими є значення (1) та (6). Але в значенні (6) воно відразу ж відпадає, бо зрозуміло, що йдеться не про позов до суду, а про документ щодо сукупності прав. Тоді, на перший погляд, нічого іншого не залишається, як засто-

¹ Словник української мови (Академічний тлумачний словник, 1970–1980): в 11 т. — Т. 1. — 1970. — С. 765.

² *Головатий С.* Верховенство права: монографія: у 3 кн. — К.: Фенікс, 2006. — Книга 1. Верховенство права: від ідеї — до доктрини. — С. 617–619.

³ *Дайси А. В.* Основы государственного права Англии / перевод, дополненный по 6-му английскому изданию, О. В. Полторацкой; под ред. проф. П. Г. Виноградова. — Издание второе. — М.: Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1907. — С. 252.

⁴ Англо-український словник / склали М. Л. Подвезько, М. І. Балла. — К.: Радянська школа, 1974. — С. 72.

совувати лише його значення (1). І в цьому є рація, бо насправді в правничій культурі англомовного світу *будь-який проект* парламентського акта (законопроект) з *будь-якого питання*, доки його не ухвалив парламент і він не набрав чинності відповідно до юридичних процедур, позначається як *bill* (відповідно: *билль* – рос.; *білль* – укр.), наприклад: *білль про освіту*; *білль про* судоустрій; *білль про* адвокатуру; *білль про* права тощо. Щойно такий документ зі статусу проекту переходить у стан правосильного юридичного акта, слово *bill* у значенні (1) вже не може до нього застосовуватись. Але неможливість застосування слова *bill* у його придатних для правничої сфери значеннях (1) і (6) не означає, що в низці всіх його значень немає такого, яке б мало цілком застосовний характер для відтворення українською власне того змісту, що міститься в англійському понятті “*bill of rights*”.

Закладений у ньому смисл має власну історію і пояснюється дуже просто. Історично це поняття виникло в рамках англо-американської правничої культури. Спочатку в Англії таку назву (“*Bill of Rights*”) дістав *акт, що його ухвалив парламент 1689 року*. Його формули мали фундаментальний характер: монархові заборонялось тимчасово зупиняти дію законів без згоди парламенту чи застосовувати армію в мирний час; забезпечувались свобода слова в парламенті та право на петицію до Корони; запроваджувались елементи незалежності присяжних та частота засідань парламенту. Дещо згодом у США така ж сама назва (“*Bill of Rights*”) усталилась за першими десятима поправками до Конституції США¹. Вони *набрали чинності* наприкінці 1791 р. Це – їхня *колективна* назва. На їхній зміст істотний вплив мав англійський *Bill of Rights 1689 р.* Тому структурно, подібно до англійського білля, тут так само йшлося про гарантування особистих свобод та обмеження влади президента стосовно судової влади.

Отже, як випливає з англо-американської практики, назва “*bill of rights*” застосовується до нормативних актів, яким властиві дві головні характеристики, котрі чітко вказують на хибність позначення їх українською мовою як «*білль про права*». По-перше: це акти, які вже *набрали чинності*, чим вони відрізняються від документів, що мають статус лише проекту акта (законопроекту). Втрата ними характеру законопроекту не дозволяє позначати їх українською мовою як «*білль*» із застосуванням прийменника *про*, коли саме прийменник *про* вказує на предмет регулювання майбутнього акта права. По-друге: за цією категорією документів усталилася *колективна* назва стосовно того, що в них міститься – перелік задекларованих *прав*. А це є саме тим, що українською мовою передбачено за значенням (4) англійського слова *bill*: документ, що містить *список, інвентар*. З огляду на те, що в такому документі міститься саме список (перелік, добірка) прав особи, то логічно його українською позначати як *білль прав* – без прийменника *про*. Тому в цій книжці вживатиметься саме це двослівне найменування і щодо міжнародних документів, які містять відповідну добірку прав (*Міжнародний білль прав*), і щодо національних актів (конституцій), де наведено відповідні переліки прав (*національний білль прав*).

Щодо понять “*fundamental rights*” або “*fundamental freedoms*”

Ще під час свого третього перебування на посаді міністра юстиції України (2005–2006 рр.) я ініціював підготовку нового офіційного перекладу українською мовою тексту Європейської Конвенції з людських прав, звернувши увагу на те, що тодішній її офіційний переклад («*Офіційний вісник України*», № 13 від 16 квітня 1998 р.) містив одну з кричущих помилок, яка грубо викривлювала її зміст. І тоді я наголосив, що йшлося не лише про мовне удосконалення, а про відтворення самої ідеології цього засадничого міжнародного документа. Через це 2006 року довелося змінити навіть його назву, а саме – того складника назви, яким є поняття *fundamental freedoms* (англ.) та *libertés fondamentales* (фр.)².

¹ The New International Webster's Dictionary of the English Language. 1995 Edition (Trident Press International). – P. 96.

² Головатий С. Новий офіційний переклад Конвенції: від техніки – до методології // Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: застосування в Україні. – Офіційне видання. – К.: Міністерство юстиції України, 2006. – С. 4.

Відтоді на заміну хибного українського *основні* («права» чи «свободи») було запроваджено — *основоположні*. Саме останнє дозволило передати українською власне природу прав (і свобод). Слово *основоположний* чітко вказує на ту річ, яка *створює основу* чому-небудь іншому, і як річ *основотвірна* — закладає підвалини, фундамент чогось. Слово ж *основний* не може застосовуватись до людських прав (свобод), бо вихолощує їхню природу та призначення. Адже, як подає академічний тлумачний словник української мови, *основний* — це, зокрема: *найважливіший, головний // провідний, визначальний // який становить найважливішу частину чого-небудь // кількісно найбільший; переважний*¹. Жодне з наведених значень не відповідає сутності людських прав і свобод. Та, попри це, українські вчені й досі пишуть про «основні свободи» в науково-практичних коментарях до Конституції України² або в підручниках для студентів — майбутніх юристів³. Немає жодного сумніву в тому, що й тут дається взнаки хибність здійснених ще за радянських часів перекладів ООНівських або європейських міжнародних документів російською мовою, про що добре свідчить і не змінений досі офіційний переклад Європейської Конвенції 1950 р. російською, який містить поняття «основные права»⁴.

На жаль, таке стосується не лише англо- чи франкомовних юридичних текстів, а й німецькомовних. До прикладу: офіційна назва німецького основоположного акта 1949 року — *Grundgesetz*, що російською тоді було перекладено відповідно до запровадженого особисто Сталіним терміносполучення «основний закон», тоді як такий акт за своєю природою і за своїм призначенням має характер не «основного», а *основоположного* (або *засадничого*) закону.

Він саме як *основоположний* має *основотвірний* чи *засадничий* характер, що цілком відповідає його природі та сутності, позначеним латинською як *lex fundamentalis*. Тому в цій книжці німецький *lex fundamentalis* позначатиметься як *Засадничий Закон 1949 р.* А стосовно *прав* або *свобод* цього разу я віддаватиму перевагу питому українському *засадничий*, навіть попри те, що свого часу саме я ініціював та домігся запровадження терміна *основоположні* стосовно *свобод* як офіційного.

Щодо поняття “the rule of law”

Парадоксально, але факт: донині на офіційному сайті Верховної Ради України розміщено переклад Усесвітньої Декларації людських прав 1948 р., здійснений російською та українською мовами ще в час її ухвалення. Промовистим доказом того, що це саме тогочасний переклад, виступають відповідники англословного вислову “the rule of law” у третьому абзаці преамбули: російською — «*власть закона*», українською — «*сила закону*»; французькою тоді переклали як “*régime de droit*”, що дослівно — «режим права». Жоден із трьох відповідників — неадекватний. Найгірший із них — український. Перевага французького в тім, що він містить слово *droit* («право»), а не *loi* («закон»). Перевага російського — лише в тім, що там є слово «*власть*». Жодне із двох слів українського відповідника не містить англійський вислів “the rule of law”.

Станом на сьогодні термінологічні відповідники англійського *rule of law* у французькій, українській та російській мовах зазнали трансформації.

Хронологічно першою була зміна у французькій мові: не минуло й півроку по ухваленні ООНівської Декларації, як у Статуті Ради Європи (5 травня 1949 р.) відповідником англійського “the rule of law” у тексті, укладеному французькою як другою офіційною мовою Організації, стало “*prééminence du droit*”. Словесно — це те саме, що й *rule of law*. Роком пізніше французьке *prééminence du droit* як офіційний відповідник англійського *rule of law* здобуває своє унормування в Європейській Конвенції з людських прав

¹ Словник української мови (Академічний тлумачний словник, 1970–1980): в 11 т. — Т. 5. — 1974. — С. 777.

² *Див.*, зокрема: Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. — 2-ге вид., переробл. і допов. — Харків: Право, 2012 — С. 158 (Коментар до статті 21; автори: Максимов С. І., Рабінович П. М.).

³ *Див.*, зокрема: Теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О. В. Петришин, С. П. Погребняк, В. С. Смородинський та ін.; за ред. О. В. Петришина. — Харків: Право, 2014. — С. 301 (Розділ 27: Права людини; співавтор: Христова Г. О., Петришин О. В.).

⁴ Конвенція о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.). Джерело: <http://www.ecshr.ru/documents/doc/2440800/2440800-001.htm>

1950 р. Одне й друге дослівно: «панування права / верховенство права». Але в російській та українській версіях офіційного перекладу тексту Конвенції відтоді синхронно запроваджується відповідно: «верховенство закону» (рос.) та «верховенство закону» (укр.). Відмінність між поняттями, що їх зафіксовано в європейських документах, укладених двома офіційними рівно автентичними мовами (англійською і французькою), та в текстах, перекладених російською та українською мовами, є істотною: в обох текстах оригіналу вживається слово «право», замість якого в обох текстах перекладу — слово «закон».

Не випадом пояснювати будь-кому зі сфери права (навіть студентів) різочу відмінність між поняттями «право» і «закон». Але варто зазначити: тодішній офіційний режим Москви, очолюваний Сталіним, свідомо пішов на таку заміну понять. Іншого й не могло статися, бо власне *ідея верховенства закону* належить тодішньому директору московського Інституту держави і права (й одночасно генеральному прокуророві СРСР) Андрію Януаровичу Вишинському, в особі якого поєднувалися дві іпостасі — теоретика і практика. Як теоретик — у ранзі «академіка», він був автором і послідовним провідником *соціалістическої теорії права*, забезпечуючи псевдонаукове юридичне прикриття масових репресій. Як практик — виступав головним інквізитором періоду масових репресій і сталінського терору, за що й дістав ганебний титул «сталінського прокурора». Навіть у сучасній російській правничій літературі його так названо¹.

З іменем Вишинського (на превеликий жаль, випускника Київського університету) нерозривно пов'язана історія всієї «радянської юридичної науки». Адже це він особисто брав активну участь в опрацюванні та впровадженні в життя єдиного загальнообов'язкового («єдино вірного») марксистсько-ленінського і водночас сталінсько-більшовицького спрямування («генеральної лінії») в царині «радянської юридичної науки», покликаної відповідати духові й потребам довготривалої репресивної політики і практики радянського комуністичного тоталітаризму. Висунута Вишинським ідея *верховенства закону* була покладена в основу ним же витвореної та проголошеної Сталіним 1937 року (рік початку масових репресій) доктрини *советского права*, побудованої на *принципах соціалістическої законности*. У рамках цієї доктрини сам Вишинський обґрунтував і призначення *закону*. Він твердив, що «радянські закони служили і служать зняряддям знищення ворогів народу»².

Уже по Другій Світовій війні, у травні 1948 р., Вишинський, «творчо розвинувши» вчення класиків марксизму, стверджував: «Закон є форма, в якій виражається воля панівного класу. *Право* — це не один закон, а *вся сума* чи *вся сукупність законів*»³.

Тож чи треба пояснювати, чому в грудневому 1948 року тексті ООНівського документа стосовно людських прав англійському *the rule of law* режим Сталіна придумав офіційний російський відповідник *власть закона*? Безсумнівно, це запитання є суто риторичним. Але водночас — що набагато важливіше — чим можна пояснити те, що й досі на офіційному сайті Верховної Ради України виставлено цей же документ, де українською подано ще навіть гірший, ніж російський, відповідник — *сила закону*? Це ж, власне, ще з тогочасної «опери» Вишинського про *закон* як «зняряддя знищення ворогів народу», за допомогою якого в період сталінських репресій, починаючи від 1937 р., було направду *знищено* мільйони й мільйони безвинних українців (і не тільки їх)!!!

Зрозуміло, що придуманий сталінським режимом цей відповідник (*власть закона* / *сила закону*) виконував не так роль юридичного поняття, як головню — *ідеологеми*.

Глибоко усвідомлюючи не тільки несумісність сталінської ідеології та практики з ідеологією ООНівського документа, а й згубні наслідки цієї конкретної ідеологеми, вже на початку своєї політичної діяльності (у статусі народного депутата України) я спрямував усі свої зусилля на її вилучення з текстів офіційних україномовних документів та запровадження натомість у вітчизняному офіційному вжитку такого україн-

¹ История политических и правовых учений: учеб. для вузов / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. — Изд. 3-е, стереотип. — М.: НОРМА (Изд. группа НОРМА-ИНФРА•М), 2001. — С. 653.

² Вишинский А. Я. К положению на фронте правовой теории. — М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1937. — С. 3.

³ Вишинский А. Я. О некоторых вопросах теории государства и права: Сокращенная стенограмма речи на Совещании юристов по обсуждению макетов учебников по теории государства и права 18 мая 1948. — С. 421 (*курсив мій*. — С. Г.).

ського відповідника, який би, якщо не цілковито, то принаймні щонайбільше, відтворював сутність англосовного *the rule of law*.

Першим кроком на цьому шляху стало запроваджене моїми зусиллями в текст Конституційного Договору між Президентом України і Верховною Радою України (8 червня 1995 р.) словосполучення «верховенство Права» — стаття 1 Договору містила таку формулу: «В Україні діє принцип верховенства Права»¹.

Невдовзі для мене стало очевидним: така формула є невдалою. Навіть попри те, що за обома словами вона була відмінною від ідеологеми *власть закона / сила закону*, все одно нова двослівна формула не дозволяла її сприймати як поняття. Адже подання другого слова («право») з великої літери вказувало на те, що обидва слова розглядаються як окремішні поняття. Через це таку формулу не можна було визнавати повноцінним відповідником англійського *the rule of law*.

Наступним кроком у наближенні україномовної категорії до англійського *the rule of law* стала зміна в написанні слова «право» — шляхом відмови від подання його з великої літери. Це відбулось так само за моєю ініціативою, коли я, перебуваючи від вересня 1995 р. на посаді міністра юстиції, наполіг на здійсненні нового офіційного перекладу Статуту Ради Європи українською саме через те, що виконаний ще за радянських часів (1949 р.) переклад і цього документа містив скальковане з російської словосполучення «верховенство закону». До ратифікованого 31 жовтня 1995 р. Верховною Радою України Статуту РЄ було додано нову редакцію його українського перекладу, де вислів «*верховенство закону*» було замінено на «*верховенство права*»². Надалі (майже через рік) у мною ж витвореній версії *верховенство права* як відповідник англійського *the rule of law* було за моїм наполяганням закріплено в Конституції України 1996 р. у рамках формули частини першої статті 8: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права».

Тоді мені особисто видавалось, що зніми зі слова «право» велику літеру — і цього буде достатньо, аби українське *верховенство права* сприймалось точнісінько відповідно до англійського *the rule of law*: як двослівне *нерозкладне* поняття, а не як вислів, складений із двох слів.

Утім, як у подальшому показала практика, вийшло не на краще. Навіть зовсім навпаки. Як тільки вітчизняні науковці вдалися до коментування змісту частини першої статті 8 Конституції, вони обрали найпростіший шлях — пішли вже второваною за радянських часів стежкою юридичного позитивізму, висловлюючи різноманітні міркування, які мали спільний знаменник: до розуміння *верховенства права* слід підходити крізь призму розуміння «права» як сукупності юридичних норм. Дехто взагалі казав, що *принцип верховенства права* — це, мовляв, те саме, що й *принцип верховенства закону*³. Інші ж (а таких виявилась більшість) твердили, що зміст *верховенства права* залежить від того, яке явище охоплено поняттям «право»⁴. Дійшло до того, що за десять років по ухваленні Конституції України тенденція пояснювати *верховенство права* шляхом його, так би мовити, розчленування на два окремішні поняття — «верховенство» і «право» — лише посилилась. Один із послідовних прихильників такого підходу невідступно наполягав на «поелементному» аналізові сутності *верховенства права*. Таким аналізом, за задумом автора, «треба встановити, по-перше, яке явище відображається поняттям “право”, і, по-друге, у чому полягає верховенство цього явища». Завдяки цьому підходу, як пояснював автор, з’ясування сутності *верховенства права* відбувається шляхом «вичленування» саме того феномена, якому має бути надано «панування» у суспільстві

¹ Конституційний договір від 08.06.1995 № 1к/95-ВР // *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. — 1995. — № 18. — С. 133.

² *Статут Ради Європи* (ратифікований 31.10.1995; набрав чинності 09.11.1995). Закон № 398/95-ВР від 31.10.1995.

³ *Погорілко В.* Коментар до статті 8 // Коментар до Конституції України. — К.: Ін-т законодавства Верховної Ради України, 1996. — С. 40.

⁴ *Див.*, приміром: *Рабінович П.* Конституційний принцип верховенства права // *Юрид. вестник*. — 1997. — № 3. — С. 66; *Заєць А. П.* Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. — К.: Парлам. вид-во, 1999. — С. 132; *Орзих М.* Верховенство права — принцип практической деятельности государства и общества // *Юрид. вестник*. — 1997. — № 3. — С. 69; *Семчик В.* Юридична сила закону // *Вісник Акад. прав. наук України*. — 1998. — № 4 (15). — С. 18.

й державі»¹. І ще було би півбіди, якби така точка зору не полишала простору наукової думки, становлячи лише авторську позицію одного із представників академічного середовища. Утім, саме такій позиції було надано рівень офіційної доктрини у зв'язку з тим, що Конституційний Суд України в одному зі своїх рішень чітко висловився: «верховенство права» слід розуміти як «панування права в суспільстві», коли без з'ясування сутності того, що охоплюється власне поняттям «право», неможливо вийти на з'ясування сутності вже буцімто похідного від нього явища — *верховенства права*².

У такий спосіб Конституційний Суд України як вітчизняний орган офіційного тлумачення українського засадничого закону з легкої руки одного з вітчизняних науковців повернув нас у лоно юридичного позитивізму радянської доби, закріпивши «офіційний еталон інтерпретації принципу верховенства права»³, заснований на методології «поелементного» аналізу словосполучення «верховенство права». Виявилось, що і Конституційний Суд не спромігся побачити в цьому словосполученні *нерозкладне* поняття, яке б відповідало сутності англійського *the rule of law*, а побачив усього-на-всього в ньому вислів, *складений* із двох слів. Тим самим було спотворено значення англійського *the rule of law* та унеможливлено його правдиве розуміння.

За цих обставин мені не лишалося нічого іншого, як вдатися до розлогого спростування такого підходу шляхом пояснення його помилковості на сторінках третьої книги своєї монографії «Верховенство права» (2006 р.) та запропонувати українському науковому загалу врешті-решт визнати: триматися цієї хибної та неприйнятної методології для пізнання сутності *верховенства права* й надалі — означало б неминуче і стало рухатися до глухого кута⁴.

Усвідомивши, що запроваджене такими нелегкими зусиллями (та ще й за моєї особистої участі) україномовне словосполучення «верховенство права» як відповідник англійського *the rule of law* виявилось не настільки вдалим і продуктивним, як очікувалось (бо при його запровадженні не думалось, що саме двослівний його склад передовсім штовхатиме науковця радше на «поелементний» аналіз змісту кожного із двох слів, аніж на пошук його сутності як *нерозкладного* поняття), вже тоді я запропонував перейти на україномовний однослівний відповідник, побачивши в ньому ті переваги, які цілком дозволяють долати недоліки двослівного терміна.

Моя пропозиція: таким україномовним однослівним відповідником англійського *the rule of law* може бути — **ПРАВОВЛАДДЯ**. Такий однослівний термін одразу ж усуває спокусу «поелементного» аналізу, що виникає в разі будь-якого двослівного вислову. Такий однослівний термін органічно вписується в українську правничу терміносистему: його побудовано відповідно до наявної в сучасній українській мові словотвірної моделі (пор. також: *народовладдя*, *двовладдя*, *безвладдя* тощо). І що найважливіше: такий однослівний український термін дає змогу зберегти два змістовних складники його англійського прототипу, де *rule* — «влада», *law* — «право». Навіть більше: саме такий однослівний український термін є щонайбільше наближеним до сприйняття посутнього змісту тих аналогічних англійському *the rule of law* явищ, котрі відомі французькою як *prééminence du droit* та німецькою як *Vorherrschaft des Rechts*. Адже, як тоді я доводив, усім цим термінам — англійському, французькому та німецькому — властива спільна серцевина: *правовладдя* виступає як категоричне й однозначне заперечення будь-якого прояву свавільного й егоїстичного *людиновладдя*⁵.

Просуваючи ідею українського однослівного терміна *правовладдя* як відповідника англійського *the rule of law*, я неодноразово повертався до цієї проблеми в низці своїх

¹ Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду та Конституційного Суду України // *Вісник Конституційного Суду України*. — 2006. — № 1. — С. 38.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 року. — Справа № 1-33/2004.

³ Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду та Конституційного Суду України // *Вісник Конституційного Суду України*. — 2006. — № 1. — С. 42.

⁴ Головатий С. Верховенство права: монографія: у 3 кн. — К.: Фенікс, 2006. — Книга 3. Верховенство права: український досвід. — С. 1395–1397, 1657–1663.

⁵ Там само. — С. 1663–1665.

подальших публікацій¹. Проте, видається, що не десять, а вже двадцять років по ухваленні Конституції України виявились недостатніми, аби вітчизняний науковий загал спромігся приступитися до правдивого розуміння *верховенства права*, відмежованого від його позитивістського сприйняття. Переконаливим свідченням цього є одна з найновіших публікацій, у якій автор безпідставно стверджує, що «саме по собі декларування в Конституції принципу верховенства права залишає відкритим питання: верховенство якого саме права покладається в основу правопорядку...?». Окрім того, автором бачиться, що буцімто за Конституцією США «верховенствує» якесь одне право, а за Конституцією України — зовсім інше право².

Направду ж, постановка питання: «верховенство якого саме права покладається в основу правопорядку?», позбавлена здорового глузду. Вона свідчить лише про одне: автор так і не виборсався з тенет радянського правознавства, щоб увійти у світ розуміння конституціоналізму за Західною традицією. Поняття *the rule of law* не має національного конституційного забарвлення. Воно — що в англійському конституційному праві, що в американському, що в українському — однаково є тим, що містить в собі сутність *правовладдя*.

З огляду на такий непривабливий стан сучасної української наукової думки у сфері конституційного права та з метою призвичаювання українського студента-правника до азбучної істини стосовно сутності явища, позначеного англійською як *the rule of law*, у цій книжці (як його український відповідник) вживатиметься слово-новотвір: *правовладдя*.

* * *

І наостанок у лексичній площині — ще одна заувага. Вона не стосується перекладу англійських слів українською. Але є істотною. Пов'язана з тим, що я в цій книжці широко вживатиму поки що не існуючі (як нормативні в сучасному українському письмі) слова *природний*, *природне*, *природнього* тощо — замість відповідно: «природний», «природне», «природного» і т. ін. Усвідомлюю, що це крок ризикований і що його може не сприйняти навіть мовознавча спільнота. Утім, спробую пояснити, чому я відважився на нього.

Річ у тім, що за сучасним словником української мови слово *природний* має такі значення: (1) Прикм. до *природа* // Створений природою, а не людиною // Який є в природі // Зумовлений, спричинений законами природи // Який здійснюється відповідно до законів природи. (2) Справжній, натуральний; протилежне *штучний* // Звичайний, не змінений чим-небудь. (3) Зумовлений звичайним ходом, розвитком подій; цілком нормальний, закономірний // Зумовлений суттю, природою чого-небудь. (4) Властивий, притаманний кому-небудь від природи, від народження. (5) Який від народження має нахил, здібності до чого-небудь. (6) Непідробний, невдаваний // Щирий, легкий, невимушений³.

Немає сумніву, що слово *природний* — і в значенні прикметника до слова *природа*, і в решті своїх значень — є цілком придатним для позначення тих явищ, з якими ми маємо справу в рамках теми людських прав, зокрема теми *не-людиною-твореного-права*. Але все-таки жадалося би, щоб і перше, і друге — з огляду на те, що їхнім джерелом є *LOGOS* (про це докладно йтиметься на сторінках книжки) — було за своїм лексичним

¹ Див.: Головатий С. Верховенство права, або ж Правовладдя: вкотре про доктринальні манівці вітчизняної науки // *Право України*. — 2010. — № 4. — С. 206–219, № 5. — С. 64–76; Головатий С. Тріада європейських цінностей — верховенство права, демократія, права людини — як основа українського конституційного ладу // *Право України*. — 2011. — № 5. — С. 159–174; Головатий С. Верховенство права (правовладдя): як його тлумачить Венеційська Комісія // *Право України*. — 2011. — № 10. — С. 154–167; Головатий С. Коментар до статті 8 // Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В. Я. Тацій (голова редкол.), О. В. Петришин (відп. секретар), Ю. Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. — 2-ге вид., переробл. і допов. — Харків: Право, 2012. — С. 51–66.

² Костенко О. «Основне питання» Конституції: що має бути конституційовано в суспільстві як першоджерело правопорядку — свобода людини чи державна влада? // *Юридичний вісник України*. — 2015. — № 28 (1045). — 18–24 липня. (Олександр Костенко — доктор юридичних наук, професор, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України.)

³ Словник української мови (Академічний тлумачний словник, 1970–1980): в 11 т. — Т. 8. — 1977. — С. 8.

позначенням відокремлено від того, що несе в собі слово *природний*, коли маються на увазі такі явища *природи*, як зокрема: (1) сукупність особливостей рослинного чи тваринного світу, кліматичних умов, рельєфу і т. ін.; рослинний світ навколишньої місцевості; місцевість за межами великих міст, поселень, де багато зелені, свіжого повітря і т. ін.; особливості навколишньої місцевості у певну пору року; (2) сукупність фізичних та психічних особливостей, з яких складається особистість людини і проявляється в її діях, поведінці; вдача, характер кого-небудь; характерні риси поведінки тварин, птахів, комах; (3) сукупність основних якостей, властивостей чого-небудь¹. Коли йдеться про «права людини» чи про *не-людиною-творене-право*, то це зовсім інше, аніж те, що позначається як *природне* у випадках: *природний* добір (виживання організмів, більш пристосованих до умов певного середовища, і загибель менш пристосованих); *природний* хист (надзвичайний природний дар, високий ступінь обдарованості; талант); *природний* горючий газ; *природний*, а не штучний, матеріал, який використовується як складова частина будівельних матеріалів, тощо.

От, власне, аби розмежувати *юридичне* (філософського походження) та все неюридичне, пов'язане з природою, як довкіллям, я вдався до написання *природній* замість «природний». Звідси: *природне право* — і як те, що *властиве, притаманне людині від природи, від народження* (людське право); і як Закон Природи — той «найвищий закон», який ще «був спільним для всіх віків», який «виник раніше, ніж будь-який писаний закон», тобто раніше, «ніж будь-яка держава взагалі була заснована» (Цицерон). Це той ЗАКОН, про який Цицерон писав ще й так: він «не був винайдений людиною і не є якоюсь постановою народів. Він щось правічне, що править усім світом завдяки мудрості своїх велінь та заборон» (про Закон Природи як *природне право* — в інтерпретації різних мислителів різних часів і народів — ітиметься доволі докладно на сторінках цієї книжки).

Подібне диференціювання прикметників, утворених на тій самій основі (*природ-*), спостерігаємо в іншій слов'янській мові — чеській, що має два відповідники українського слова *природний*: *přirodní* та *přirozený*. У чехів відповідником терміна *природне право* є вислів *přirozené právo* буквально — «природжене право».

В українській мові є прецеденти використання прикметників, що походять від тої самої основи, але відрізняються за належністю до твердої (на *-ий*) і м'якої (на *-ій*) груп і мають різне значення. Найпоказовішим прикладом є слова *дружний*² і *дружній*³, що належать до загальноновживаної лексики. У фаховій термінології потреба в диференціюванні подібних словесних позначень є значно більшою, оскільки дає змогу передавати нюанси значень, які не розрізняються широким загальним носієм мови, але мають принципове значення для професіоналів у відповідній галузі. Це міркування може слугувати лінгвістичним аргументом на користь запровадження у фаховий вжиток прикметника *природній* у складі юридичного терміна *природне право*, позаяк у цьому разі важливо зробити наголос на закладених природою, іманентних і, образно кажучи, *вроджених / вприроджених* особливостях означуваних прав.

На завершення міркувань з термінологічної тематики зауважу таке: у книжці великою мірою враховано те, що сучасна українська правнича мова надто рясніє словами і поняттями, значна кількість яких увійшла до неї ще в радянський період шляхом подвійного перекладу міжнародних документів — спочатку з англійської (чи французької) російською, а відтак уже з російської українською, наслідком чого стало не тільки засмічення української мови русизмами, а й почасті спотворення сутності того, що в документах було виражено мовою оригіналу.

Тому, аби допомогти українському студенту-правникові бодай почати звикати до понять, що усталені в міжнародному праві чи в національних юридичних системах тих країн, які вже привели їх до європейських стандартів, окремим додатком у книзі поміщено англо-український глосарій тих термінів і терміносполучень, які видаються найголовнішими для цієї ділянки права; складено його мною за текстами Європейської Конвенції з людських прав та юридичної практики (*case-law*) Страсбурзького Суду.

¹ Там само. — С. 7.

² «Який проходить одночасно, спільно, погоджено, злагоджено», наприклад, *дружний колектив* (Словник української мови: в 11 т. — Т. 2. — 1971. — С. 425).

³ «Який виражає прихильність, довір'я, дружелюбність», наприклад, *дружні взаємини* (там само).

Що ж до посилань на джерела праці, то я намагався звести їх у книжці до мінімуму. Переважно вони застосовуватимуться до офіційних документів та найголовніших джерел юридичної наукової чи офіційної доктрини. Винятком у цьому плані будуть посилання лише в передмові та післямові.

Загалом книга задумана як вступ до розуміння теми і викладена у формі лекцій. Тому вона написана так, аби був баланс між потребою в її доступності для прочитання та потребою в підкріпленні викладеного поглядами, висловленими іншими авторами, на яких є посилання.

Я виходив із того, що студентам першого чи другого року навчання юридичних факультетів немає змоги та й немає потреби читати ті джерела (праці науковців чи судові рішення), на які є посилання в книжці. Маю сподівання, що допитливий студент уже сам має йти далі та щось робити додатково, якщо воліє вивчити тему ґрунтовніше, аби набути знань на тому рівні, який би дозволив упевнено почуватися фахівцем-правником нарівні зі студентами, що вже залишили лаву авторитетного університету будь-якої з європейських країн.

Ця книжка істотно відрізняється від того, чим на сьогодні послуговуються українські студенти-правники як навчальним матеріалом.

<...>

ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ ТРАНСФОРМАЦІЙНИХ ЗМІН СФЕРИ ДЕРЖАВНОЇ МИТНОЇ СПРАВИ НА СУЧАСНОМУ ЕТАПІ РЕФОРМУВАННЯ



О. ФЕДОТОВ

*доктор юридичних наук,
доцент кафедри морського та митного права
(Національний університет
«Одеська юридична академія»)*

Особливістю державної митної справи є те, що вона постійно розвивається та досить часто зазнає кардинальних трансформаційних змін, а отже, не є перманентним явищем. Однак усі трансформації ключової для захисту національної та громадської безпеки і напрочуд важливої для захисту митних інтересів України сфери повинні базуватися насамперед на правових науково обґрунтованих дослідженнях із подальшим їх впровадженням у практичну діяльність. Третювання зазначеного постулату сприяє накопиченню чималого багажу реформ, які зазнають краху, та проблем у сфері державної митної справи, з кола яких вирватися Українській державі доволі непросто.

Однак і за наявності комплексних теоретико-методологічних досліджень у сфері державної митної справи, врахування результатів яких повинно бути фундаментальним аспектом забезпечення стійкості сфери державної митної справи, деякі анонсовані владою

реформи сфери державної митної справи мають побічні ефекти, які відображають недосконалість чи недоопрацьованість окремих аспектів такої реформи.

На жаль, наразі фрагментарне впровадження науково обґрунтованої моделі адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи у зазначену сферу має наслідком недостатню послідовність реформ у сфері державної митної справи: фактичне «поглинання» митних органів складною багатогалузевою системою Державної фіскальної служби України (далі – ДФС України), постійна динаміка з проведення реформ для окремих територіальних органів митного спрямування тощо.

Такі невтішні підсумки «примарного» реформування сфери державної митної справи вчергове доводять, що будь-які трансформаційні зміни не повинні йти у розріз із концептуальними напрацюваннями тієї чи іншої сфери, які виступають вагомою детер-

мінантою позитивних наслідків таких змін. В іншому випадку побудувати дійсно ефективну систему державного регулювання сфери зовнішньоекономічних зв'язків, яка відповідатиме вимогам та викликам сьогодення, практично неможливо. Більш того, здійснюване на сучасному етапі реформування сфери державної митної справи у такому вигляді, як його зараз інтерпретовано в нормах законодавства України з питань державної митної справи, виявляється неадекватним існуючим реаліям сьогодення, може призвести до руйнування сфери державної митної справи та системи митних інституцій.

У зв'язку з цим комплексне дослідження проблемних аспектів трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування набуває особливої актуальності, а наукова і практична цінність теоретизації окресленої проблематики не викликає сумнівів.

Дослідженню окремих аспектів розробки та впровадження науково обґрунтованої моделі адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи приділяли увагу чимало вчених-правознавців і практиків митної галузі: В. Авер'янов, А. Барихін, І. Бачило, В. Бевзенко, Л. Біла-Тіунова, Ю. Битяк, О. Гончарук, О. Гребельник, Є. Додін, С. Ілляшенко, Т. Коломоєць, Є. Коротков, Б. Кормич, Ю. Кунєв, О. Лагода, А. Лялька, А. Мазур, І. Міщенко, В. Настюк, В. Науменко, П. Пашко, А. Пилипенко, В. Пітерська, П. Повар, В. Прокопенко, Ю. Старілов, О. Тодощак та ін.

Водночас на сучасному етапі реформування сфери державної митної справи виникають все нові проблемні аспекти, спричинені фрагментарним впровадженням науково обґрунтованої моделі адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи.

Метою статі є дослідження окремих проблемних аспектів трансформацій-

них змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування.

Аналіз фундаментальних правових досліджень, які стосуються питання трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі державотворення, дає змогу конкретизувати окремі назрілі проблемні аспекти, пов'язані з практичною реалізацією новітньої цілісної науково обґрунтованої моделі адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи.

Слід зазначити, що у сфері державної митної справи категорія «концепція» застосовується переважно для позначення виду документа, в якому закріплюються принципи, напрями розвитку чи модернізації сфери державної митної справи [1–6].

В окремих випадках поняття «концепція» трактується як система передумов, правовою основою яких є норми законодавства України та міжнародних правових актів з питань митної справи. У такому випадку метою концепції є надання теоретичного підґрунтя переходу на якісно новий етап розвитку та чіткого визначення передумов, які необхідно створити за всіма напрямками діяльності [2].

Однак проблематика адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи має більш глибокі феноменологічні та герменевтичні корені, а тому до питання її практичної реалізації необхідно підходити досить виважено. Адже саме вона є теоретико-методологічною основою правового регулювання процедур здійснення державного управління у митній сфері, яка містить у собі: головний задум, систему керівних принципів, сукупність погоджених цілей і заходів модернізації митної справи, заплановані індикатори результату та індикатори успіху концепції.

Адміністративно-правова концепція здійснення державної митної справи як конструктивний принцип сфери дер-

жавної митної справи є одним із визначальних чинників забезпечення глибокої модернізації та підйому національної економіки, всілякого сприяння загальному росту конкурентоспроможності нашої держави.

Отже, основним проблемним аспектом трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування є питання практичної реалізації адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи. З теоретичної точки зору цьому сприяє відсутність чітких наукових підходів щодо співвідношення понять «адміністративно-правова концепція здійснення державної митної справи», «концепція державної митної справи» та «концепція здійснення державної митної справи».

Так, концепція здійснення державної митної справи є концептуально певним порядком дій підрозділів апарату митного спрямування ДФС України та територіальних органів митного спрямування ДФС України, який реалізується ними за своїм призначенням і в межах повноважень у напрямі здійснення державної митної справи та який спрямований на виконання покладених на ДФС України завдань, визначених законодавством з питань державної митної справи. У свою чергу, концепція державної митної справи — це концептуальний документ, в якому зазначаються мета, бачення, рішення, принципи роботи, етапи реалізації, а також джерела фінансування (фінансове забезпечення) певних напрямів здійснення державної митної справи (господарських, юридичних, фінансових, перевірочних, контролюючих, ІТ-інформаційних, кадрових) з метою досягнення запланованих індикаторів результату й успіху [7, 135–138].

Ще одним проблемним аспектом є неоднозначність поглядів щодо зіставлення понять «адміністративно-правова концепція здійснення державної митної справи» і «концепція формування

і реалізації митної політики держави». На нашу думку, зазначені поняття співвідносяться як загальне і часткове. Адже державна митна політика — це система принципів та напрямів діяльності держави у сфері захисту митних інтересів і забезпечення митної безпеки України, регулювання зовнішньої торгівлі, захисту внутрішнього ринку, розвитку економіки України та її інтеграції в світову економіку (ч. 1 ст. 5) [8]. У зв'язку з цим механізм реалізації державної митної політики передбачає наявність широкого кола суб'єктів її реалізації: система фіскальних органів, Кабінет Міністрів України, Міністерство фінансів України, Міністерство економічного розвитку і торгівлі, Державна служба експортного контролю України тощо. Проте саме система органів митного спрямування ДФС України спеціально створена для реалізації державної митної політики як складової державної економічної політики шляхом застосування заходів тарифного та нетарифного регулювання. Таким чином, органи митного спрямування ДФС України є не єдиним суб'єктом митної діяльності, спрямованої на реалізацію державної митної політики, а єдиним суб'єктом здійснення державної митної справи — системи заходів, спрямованих на реалізацію державної політики в сфері державної митної справи. Провівши паралелі, можна припустити, що «концепція формування і реалізації митної політики держави» — теоретико-методологічна основа правового регулювання процедур формування і реалізації митної політики держави, що включає: головний задум, систему керівних принципів, сукупність узгоджених цілей і заходів модернізації, заплановані індикатори результату й індикатори успіху концепції.

Відсутність науково обґрунтованих системних поглядів простежується і відносно виокремлення структурних елементів «адміністративно-правової

концепції здійснення державної митної справи».

Так, згідно з положеннями ч. 1 ст. 7 Митного кодексу України (далі — МК України), державна митна справа — встановлений порядок та умови переміщення товарів через митний кордон України, їх митний контроль та митне оформлення, застосування механізмів тарифного і нетарифного регулювання зовнішньоекономічної діяльності, справляння митних платежів, ведення митної статистики, обмін митною інформацією, ведення Української класифікації товарів зовнішньоекономічної діяльності, здійснення відповідно до закону державного контролю нехарчової продукції при її ввезенні на митну територію України, запобігання та протидія контрабанді, боротьба з порушеннями митних правил, організація і забезпечення діяльності органів доходів і зборів та інші заходи, спрямовані на реалізацію державної політики у сфері державної митної справи [8].

Слід зазначити, що державна митна справа є однією із детермінант, на пошуках оптимальних моделей функціонування якої більшою мірою зосереджена юридична наука. Для змістовної характеристики нинішнього фактичного розуміння поняття «державна митна справа», закріпленого ч. 1 ст. 7 МК України, припустимо, що в загальному розумінні державна митна справа є діяльністю (службові етапи, дії, операції, рішення, у разі здійснення яких реалізується державна політика у сфері державної митної справи) органів митного спрямування ДФС України, що діють за єдиним призначенням та за єдиним напрямом з метою виконання покладених на ДФС України завдань із питань державної митної справи (статті 544–547) [8]. У такому разі ефективність здійснення державної митної справи, побудованої на основі раціональної сучасної адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи, яка віддзеркалює

бачення форм і методів здійснення перетворень та їх результатів у процесі митної реформи в Україні, базується на трьох основних дидактичних системах: 1) системі органів митного спрямування ДФС України як безпосередніх суб'єктів здійснення державної митної справи; 2) кадровому забезпеченні; митних процедурах (зумовлені метою переміщення товарів через митний кордон України; сукупність митних формальностей та порядок їх виконання).

Перелічені дидактичні системи характеризуються внутрішньою цілісністю структур, створених єдністю цілей, організаційних принципів, змісту, форм і методів. Якщо проаналізувати поняття «концепція» і «дидактична система» — фактично зазначені поняття тотожні за змістом, а отже, ґрунтуючись на адміністративно-правовій концепції здійснення державної митної справи, та враховуючи теоретико-методологічні напрацювання у сфері державної митної справи, для її ефективного здійснення необхідна розробка комплексу внутрішньо узгоджених тверджень, що базуються на єдності цілей, змісту і принципів, котрі стосуються: 1) правового регулювання порядку утворення та реорганізації органів митного спрямування ДФС України; 2) правового регулювання технології кадрового забезпечення органів митного спрямування ДФС України; 3) правового регулювання митних процедур.

У свою чергу, концепція правового регулювання порядку утворення та реорганізації органів митного спрямування ДФС України — концептуально визначений порядок дій суб'єктів, наділених правом утворення і реорганізації органів митного спрямування ДФС України, який реалізується такими суб'єктами за своїм призначенням та в межах повноважень у напрямі утворення і реорганізації органів митного спрямування ДФС України.

І в цьому аспекті, незважаючи на існування відносно цілісної науково

обґрунтованої моделі концепції правового регулювання порядку утворення та реорганізації органів митного спрямування ДФС України, не можна не відзначити окремі негативні тенденції, пов'язані з досить активними процесами створення, реорганізації та структурної трансформації окремих органів митного спрямування ДФС України. Так, наприклад, з метою підвищення якості роботи місць митного оформлення та зменшення простору для зловживань і корупції в системі територіальних органів ДФС України створено новий елемент – Міжрегіональну митницю ДФС України [9–13]. Однак з моменту створення цієї структурної одиниці ДФС України виникають все нові питання щодо повноцінності концепції правового регулювання порядку утворення та реорганізації органів митного спрямування ДФС України, які потребують критичного осмислення. Оскільки відповідно до п. 2 постанови Кабінету Міністрів України від 8 серпня 2016 р. № 495 «Про утворення Міжрегіональної митниці Державної фіскальної служби» Міністерству фінансів України надано доручення затвердити Положення про зазначену митницю. Проте доручення Міністерства фінансів України щодо необхідності розробки та внесення на розгляд Міністра фінансів України відповідного проекту наказу ДФС України не виконано. У зв'язку з цим Міністерством фінансів України самостійно було прийнято та подано до Міністерства юстиції України для проведення державної реєстрації наказ від 3 листопада 2016 р. № 922 «Про затвердження Положення про Міжрегіональну митницю Державної фіскальної служби» [14]. Однак у зв'язку з тим, що відповідний наказ поширюється на ДФС України – його має бути погоджено з ДФС України (п. 7 абзацу 2) [15]. Враховуючи відсутність такого погодження, Міністерством юстиції України було відмовлено у про-

веденні державної реєстрації наказу. Крім того, у контексті проведення процедури погодження з ДФС України цього наказу, було з'ясовано, що Положення про Міжрегіональну митницю ДФС України вже затверджено наказом ДФС України [16]. На жаль, ні офіційної публікації його постулатів, ні розміщення на офіційному веб-сайті ДФС України та, насамперед, доведення до відома Міністерства фінансів України та суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності у будь-якому вигляді не відбулося. До речі, проведення Міністерством юстиції України перевірки додержання ДФС України законодавства про державну реєстрацію наказу ДФС України від 18 жовтня 2016 р. № 871 унеможлиблюється тим, що, незважаючи на запити, зазначений наказ ДФС України на розгляд Міністерства юстиції України досі не надано. У зв'язку з цим реєстрація на основі положень цього наказу Міжрегіональної митниці ДФС України як юридичної особи є правовою передумовою для визнання її діяльності незаконною [14].

Наступним структурним елементом адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи є концепція правового регулювання технології кадрового забезпечення органів митного спрямування ДФС України – концептуально визначений порядок дій суб'єктів, наділених правом розробки технології кадрового забезпечення органів митного спрямування ДФС України, який реалізується такими суб'єктами за своїм призначенням та в межах повноважень у напрямі забезпечення органів митного спрямування ДФС України кадрами.

На жаль, технологія кадрового забезпечення органів митного спрямування ДФС України також має чимало недоліків. А концепція правового регулювання технології кадрового забезпечення органів митного спрямування ДФС України все частіше піддається

сумнівам. До речі, яскравим прикладом недосконалості концепції правового регулювання технології кадрового забезпечення органів митного спрямування ДФС України можуть слугувати безпідставні та безкінечні віражі кадрової реформи у митницях як територіальних органах митного спрямування ДФС України [17].

До структурних елементів адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи відноситься також концепція правового регулювання митних процедур — концептуально визначений порядок дій суб'єктів, наділених правом розробки правового регулювання митних процедур, який реалізується такими суб'єктами за своїм призначенням та в межах повноважень у напрямі розробки правового регулювання митних процедур.

Отже, оскільки адміністративно-правова концепція здійснення державної митної справи пов'язана з розробкою та розгортанням знання, яке, на відміну від теорії, не отримує завершеної дедуктивно-системної форми організації, елементами якого є не ідеальні об'єкти, аксіоми і поняття, а доцільним є виокремлення як основних структурних елементів адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи: 1) концепції правового регулювання порядку утворення та реорганізації органів митного спрямування ДФС України; 2) концепції правового регулювання технології кадрового забезпечення органів митного спрямування ДФС України; 3) концепції правового регулювання митних процедур. Адекватне ж відображення таких дидактичних систем у структурі адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи має не стільки теоретичне, скільки практичне значення.

У межах дослідження проблемних аспектів трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування також доцільно

акцентувати увагу на тому, що концептуальне переосмислення усталених демократичних форм функціонування системи органів митного спрямування і розробка найоптимальнішої моделі здійснення державної митної справи повинні бути розпочаті передусім із впровадження у теорію та практику митної діяльності такого термінологічного словосполучення, як «органи митного спрямування ДФС України», що сприятиме усуненню протиріч у митному законодавстві, які виникають у процесі проведення інституційних реформ у сфері державної митної справи. У сучасних умовах функціонування системи суб'єктів здійснення державної митної справи застосовується велика кількість термінологічних словосполучень для позначення таких суб'єктів: органи доходів і зборів, контролюючі органи (до функціональних обов'язків яких відноситься управління кордонами), органи митного контролю, органи ДФС України, митні адміністрації, митні органи, органи стягнення тощо. Існування такого різноманіття понять не сприяє формуванню єдиного розуміння системи державних інституцій, що відповідають за митну діяльність ДФС України. Крім того, така ситуація не сприяє формуванню єдиного підходу до правотворчості у сфері державної митної справи. А застосування термінологічного словосполучення «органи митного спрямування», у разі подальшого реформування системи суб'єктів здійснення державної митної справи, зміни їх системи чи структури, допоможе уникнути надмірної деталізації змін законодавства України з питань державної митної справи.

Проблемним аспектом трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування є проведення реформ для окремих територіальних органів митного спрямування, що ставить під загрозу існування єдиної системи органів митного спрямування та дотримання

визначеного законодавством принципу єдиного порядку переміщення товарів і транспортних засобів через митний кордон України. Адже такі реформи сприяють поступовому регресу сфери державної митної справи та з самого початку приречені зазнати нищівної невдачі. Яскравим прикладом є провал нової філософії здійснення державної митної справи у зоні діяльності Одеської митниці ДФС України [18]. Адже недоопрацювання та правові недоліки нормативно-правових актів, прийнятих у процесі активного нормотворчого поривання Одеської митниці ДФС України, зумовлені потужним політичним бажанням засвідчити сприяння розвитку міжнародних торговельних відносин та рішучість антикорупційних зусиль у сфері державної митної справи, призвели до створення нерівних умов для ведення господарської діяльності учасниками зовнішньоекономічної діяльності (далі – ЗЕД) та умов для незаконного переміщення товарів через митний кордон України [19–22].

Відповідно до Протоколу наради керівного складу Одеської митниці ДФС було прийнято рішення про опрацювання питання щодо приведення у відповідність до законодавчих актів доручень, виданих Одеською митницею ДФС у період з 29 листопада 2016 р. по 5 грудня 2016 р. [23, 2]. За результатами проведеної роботи всі доручення начальника Одеської митниці ДФС (у кількості 20) було скасовано у зв'язку з невідповідністю дотримання вказаними дорученнями вимог МК України [24; 25], а також вимог законодавства України з питань державної митної справи [25]. І тут необхідно зазначити, що деякі скасовані доручення мали відверто популістський характер [26].

Ще одним проблемним аспектом трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування є труднощі з валідацією

окремих новітніх інститутів державної митної справи. Зокрема, зазначене стосується інститутів уповноваженого економічного оператора та уповноваженого (схвального) експортера. Адже основною домінантою функціонування цих інститутів є визнання на міжнародному рівні [27, 218].

Однак враховуючи непритаманність поняття «валідація» для юридичної теорії та неоднозначність його тлумачення у науці, необхідно зазначити, що валідація уповноваженого економічного оператора та уповноваженого (схвального) експортера — процес визнання законної сили їх статусу, наданого суб'єктам ЗЕД в Україні, підтвердження на міжнародному рівні на основі надання об'єктивних доказів того, що вимоги, призначені для конкретного уповноваженого економічного оператора або уповноваженого (схваленого) експортера, точно і в повному обсязі зумовлені, а мета надання статусу (отримання тарифних преференцій без оформлення сертифіката форми EUR.1, самостійне визначення походження товарів і складання декларації-інвойсу, що дозволяє прискорити процедуру експорту товару з України в країни Європейського Союзу (далі – ЄС)) досягнута. На жаль, на сьогодні положення законодавства України з питань державної митної справи не вирішують основного питання — забезпечення взаємного визнання уповноваженого економічного оператора та уповноваженого (схваленого) експортера України і ЄС, що є критично актуальним питанням.

Отже, досліджувані проблемні аспекти трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування вчергове доводять — будь-які нормотворчі ініціативи та кроки щодо розвитку й модернізації сфери державної митної справи мають ґрунтуватися на науково обґрунтованих системних поглядах, напрацюваннях і здобутках науки.

В іншому випадку подібні ініціативи є марними спробами розробки єдиного збалансованого підходу до реформування сфери державної митної справи та сприяють тільки її поступовому занепаду.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Про затвердження Концепції створення, упровадження і розвитку системи аналізу та керування ризиками та Положення про систему аналізу й селекції факторів ризику при визначенні окремих форм митного контролю* : наказ Державної митної служби України від 27 травня 2005 р. № 435 // Митний брокер. — 2005. — № 7. — С. 62–70.
2. *Щодо Концепції модернізації діяльності митної служби України*: наказ Державної митної служби України від 17 жовтня 2006 р. № 895 // Митна газета. — 2006. — № 11. — С. 10–11.
3. *Про затвердження Концепції Комплексної системи захисту інформації в Єдиній автоматизованій інформаційній системі Державної митної служби України* : наказ Державної митної служби України від 5 вересня 2007 р. № 732.
4. *Про схвалення Концепції створення багатофункціональної комплексної системи «Електронна митниця»* : розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2008 р. № 1236-р // Митна газета. — 2008. — № 21. — С. 3–4.
5. *Концепція реформування діяльності митної служби України на 2010–2015 рр. «Обличчям до людей»* : наказ Державної митної служби України від 30 жовтня 2010 р. № 1311 «Про введення в дію рішення колегії Держмитслужби від 29.10.2010» // Митниця. — 2010. — № 12. — С. 5–19.
6. *Про затвердження Концепції та документів для забезпечення ефективної організації роботи з надання адміністративних послуг та сервісів центрами обслуговування платників*: наказ Міністерства доходів і зборів України від 30 вересня 2013 р. № 519 // Митний брокер. — 2013. — № 10. — С. 42–68.
7. *Федотов А. П.* Концепция реализации государственного таможенного дела: индикаторы результата и индикаторы успеха // *Правова держава: історія, сучасність та перспективи формування в Україні* : міжнар. наук.-практ. конф. (м. Ужгород, 27–28 лютого 2015 р.). — С. 135–138.
8. *Митний кодекс України* від 13 березня 2012 р. № 4495-VI // Урядовий кур'єр. — 2012. — № 86. — С. 9–26.
9. *Про утворення Міжрегіональної митниці Державної фіскальної служби* : постанова Кабінету міністрів України від 8 серпня 2016 р. № 495 // Офіційний вісник України. — 2016. — № 64. — Ст. 2153.
10. *Про організацію роботи Міжрегіональної митниці ДФС* : розпорядження Державної фіскальної служби України від 28 грудня 2016 р. № 292-р.
11. *Про затвердження Переліку складових в ІТС Державної фіскальної служби, до яких надається доступ працівникам Міжрегіональної митниці Державної фіскальної служби* : розпорядження Державної фіскальної служби України від 27 грудня 2016 р. № 290-р.
12. *Про затвердження Порядку доступу до інформації в інформаційних, телекомунікаційних та інформаційно-телекомунікаційних системах Державної фіскальної служби України* : наказ Державної фіскальної служби України від 24 листопада 2015 р. № 934.
13. *Про затвердження переліків даних, необхідних для функціонування інформаційно-телекомунікаційної системи органів доходів і зборів* : наказ Міністерства фінансів України від 25 липня 2016 р. № 657 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://sfs.gov.ua/zakonodavstvo/mitne-zakonodavstvo/nakazi/69188.html>.
14. *Щодо неналежного виконання посадових обов'язків Головою Державної фіскальної служби* : подання Міністерства фінансів України від 6 лютого 2017 р. № 31-17030-02-3/3213.
15. *Про затвердження Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств та інших органів виконавчої влади* : постанова Кабінету міністрів України від 28 грудня 1992 р. № 731 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/731-92-%D0%BF>.
16. *Про затвердження Положення про Міжрегіональну митницю Державної фіскальної служби* : наказ Державної фіскальної служби України від 18 жовтня 2016 р. № 871.
17. *Про оголошення конкурсу на посади начальників митниць Державної фіскальної служби* : наказ Державної фіскальної служби України від 9 березня 2017 р. № 502-о.
18. *Ківалов С. В.* Реформа Одеської митниці: проблема шляхів та методів // *Lex portus*. — 2016. — № 2. — С. 5–21.
19. *Акт* про результати перевірки ефективності виконання повноважень в частині контролю за повнотою нарахування та своєчасністю сплати до державного бюджету митних платежів суб'єктами підприємницької діяльності в Одеській митниці ДФС : лист територіального управління по Одеській, Миколаївській та Херсонській областях Рахункової палати від 26 квітня 2016 р. № 23-10/1-24-о.

20. *Про результати* перевірки Одеської митниці Державної фіскальної служби : наказ Державної фіскальної служби України від 27 квітня 2016 р. № 385.
21. *Акт* про результати тематичної перевірки Одеської митниці Державної фіскальної служби : лист Державної фіскальної служби України від 6 грудня 2016 р. № 2286/99-99-06-01-20.
22. *Про результати* перевірки Одеської митниці Державної фіскальної служби : доповідна записка Голові Державної фіскальної служби України Насірову Р. М. в. о. директора Департаменту внутрішнього аудиту К. С. Адамчука від 29 грудня 2016 р. № 2443/99-99-06-01-20.
23. *Протокол* наради керівного складу Одеської митниці фіскальної служби України від 6 грудня 2016 р. № 5.
24. *Про скасування* доручень : наказ Одеської митниці Державної фіскальної служби України від 14 грудня 2016 р. № 571.
25. *Про скасування* доручень : наказ Одеської митниці Державної фіскальної служби України від 15 грудня 2016 р. № 572.
26. *Про скасування* доручень : наказ Одеської митниці Державної фіскальної служби України від 15 грудня 2016 р. № 573.
27. Федотов О. П. Єдине вікно — локальне рішення // Молодий вчений. — 2016. — № 2 (29). — С. 217–220.

REFERENCES

1. Pro zatverdzhennia Kontseptsii stvorennia, uprovadzhenia i rozvytku systemy analizu ta keruvannia ryzykamy ta Polozhennia pro systemu analizu i selektsii faktoriv ryzyku pry vyznachenni okremykh form mytnoho kontroliu: nakaz Derzhavnoi mytnoi sluzhby Ukrainy vid 27 travnia 2005 r. № 435 [About the approval of the Concept of creation, introduction and development of system of the analysis and risk management and the Provision on system of the analysis and selection of risk factors when determining separate forms of customs control: the order of the Public customs service of Ukraine of May 27, 2005 № 435], *Mytnyi broker*, 2005, no. 7, pp. 62–70.
2. Shchodo Kontseptsii modernizatsii diialnosti mytnoi sluzhby Ukrainy: nakaz Derzhavnoi mytnoi sluzhby Ukrainy vid 17 zhovtnia 2006 r. № 895 [About the Concept of modernization of activity of customs service of Ukraine: the order of the Public customs service of Ukraine of October 17, 2006 № 895], *Mytna hazeta*, 2006, no. 11, pp. 10–11.
3. Pro zatverdzhennia Kontseptsii Kompleksnoi systemy zakhystu informatsii v Iedynii avtomatyzovaniy informatsiiniy systemi Derzhavnoi mytnoi sluzhby Ukrainy: nakaz Derzhavnoi mytnoi sluzhby Ukrainy vid 5 veresnia 2007 r. № 732 [About the approval of the Concept of complex system of information security in Uniform the automated information system of the Public customs service of Ukraine: the order of the Public customs service of Ukraine of September 5, 2007 № 732].
4. Pro skhvalennia Kontseptsii stvorennia bahatofunktsionalnoi kompleksnoi systemy «Elektronna mytnyt-sia»: rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 17 veresnia 2008 r. № 1236-r [About approval of the Concept of creation of the multipurpose complex system «Electronic Customs»: the order of Cabinet council of Ukraine of September 17, 2008 № 1236-r], *Mytna hazeta*, 2008, no. 21, pp. 3–4.
5. Kontseptsiiia reformuvannia diialnosti mytnoi sluzhby Ukrainy na 2010–2015 rr. «Oblychchiam do liu-dei»: nakaz Derzhavnoi mytnoi sluzhby Ukrainy vid 30 zhovtnia 2010 r. № 1311 «Pro vvedennia v diiu rishennia kolehii Derzhmyt-sluzhby vid 29.10.2010» [The concept of reforming of activity of customs service of Ukraine for 2010–2015. «Facing people»: the order of the Public customs service of Ukraine of October 30, 2010 № 1311 «About enforcement of the decision of board of Gostamozhsluzhby of 29.10.2010»], *Mytnyt-sia*, 2010, no. 12, pp. 5–19.
6. Pro zatverdzhennia Kontseptsii ta dokumentiv dlia zabezpechennia efektyvnoi orhanizatsii roboty z nadannia administratyvnykh posluh ta servisiv tsentramy obsluhovuvannia platnykiv: nakaz Ministerstva dokhodiv i zboriv Ukrainy vid 30 veresnia 2013 r. № 519 [About the approval of the Concept and documents for providing the effective organization of work on providing administrative services and services of service of payers by the centers: the order of the Ministry of the income and collecting Ukraine of September 30, 2013 № 519], *Mytnyi broker*, 2013, no. 10, pp. 42–68.
7. Fedotov A. P. Kontseptsiiia realizatsii gosudarstvennogo tamozhennogo dela: indykatory rezultata i indykatory uspekha [Concept of realization of the public customs affairs: indicators of result and indicators of success], *Pravova derzhava: istoriya, suchasnist ta perspektyvy formuvannia v Ukraini*, pp. 135–138.
8. Mytnyi kodeks Ukrainy vid 13 bereznia 2012 r. № 4495-VI [Customs code of Ukraine of March 13, 2012 № 4495-VI], *Uriadovyi kurier*, 2012, no. 86, pp. 9–26.
9. Pro utvorennia Mizhrehionalnoi mytnyt-si Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: postanova Kabinetu ministriv Ukrainy vid 8 serpnia 2016 r. № 495 [About formation of Interregional customs of the Public fiscal service: the resolution of Cabinet council of Ukraine of August 8, 2016 № 495], *Ofitsiyni visnyk Ukrainy*, 2016, no. 64, Article 2153.
10. Pro orhanizatsiiu roboty Mizhrehionalnoi mytnyt-si Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: rozporiadzhennia Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 28 hrudnia 2016 r. № 292-r [About the organization of work of the DFS Interregional customs: order of the Public fiscal service of Ukraine on December 28, 2016 № 292-r].

11. Pro zatverdzhennia Pereliku skladovykh v ITC DFS, do iakykh nadaietsia dostup pratsivnykam Mizhrehionalnoi mytnytsi Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: rozporiadzhennia Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 27 hrudnia 2016 r. № 290-r [About the approval of the List of components in ITC of the Public fiscal service in which access to employees of Interregional customs of the Public fiscal service is provided: order of the Public fiscal service of Ukraine on December 27, 2016 № 290-r].
12. Pro zatverdzhennia Poriadku dostupu do informatsii v informatsiinykh, telekomunikatsiinykh ta informatsiino-telekomunikatsiinykh systemakh Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy: nakaz Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 24 lystopada 2015 r. № 934 [About the statement of the Order of access to information in information, telecommunication and information and telecommunication systems of the Public fiscal service of Ukraine: order of the Public fiscal service of Ukraine on November 24, 2015 № 934].
13. Pro zatverdzhennia perelikiv danykh, neobkhidnykh dlia funktsionuvannia informatsiino-telekomunikatsiinoi systemy orhaniv dokhodiv i zboriv : nakaz Ministerstva finansiv Ukrainy vid 25 lypnia 2016 r. № 657 [About the approval of lists of the data necessary for functioning of information and telecommunication system of bodies of the income and collecting: the order of the Ministry of Finance of Ukraine of July 25, 2016 № 657]. Available at: <http://sfs.gov.ua/zakonodavstvo/mitne-zakonodavstvo/nakazi/69188.html>.
14. Shchodo nenalezhnogo vykonannia posadovykh oboviazkiv Holovoiv Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: podannia Ministerstva finansiv Ukrainy vid 6 liutoho 2017 r. № 31-17030-02-3/3213 [About inadequate executions of functions by the Chairman of the Public fiscal service: representation of the Ministry of Finance of Ukraine of February 6, 2017 № 31-17030-02-3/3213].
15. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro derzhavnu reistratsiiu normatyvno-pravovykh aktiv ministerstv ta inshykh orhaniv vykonavchoi vlady: postanova Kabinetu ministriv Ukrainy vid 28 hrudnia 1992 r. № 731 [About the adoption of the Provision on the state registration of normative legal acts of the ministries and other executive authorities: the resolution of Cabinet council of Ukraine of December 28, 1992 № 731]. Available at: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/731-92-%D0%BF>.
16. Pro zatverdzhennia Polozhennia pro Mizhrehionalnu mytnytsiu Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: nakaz Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 18 zhovtnia 2016 r. № 871 [About the adoption of the Provision about Interregional customs of the Public fiscal service: order of the Public fiscal service of Ukraine on October 18, 2016 № 871].
17. Pro oholoshennia konkursu na posady nachalnykiv mytnyts Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: nakaz Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 9 bereznia 2017 r. № 502-o [About the announcement of a competition at a position of chiefs of customs of the Public fiscal service: the order of the Public fiscal service of Ukraine on March 9, 2017 № 502-o].
18. Kivalov S. V. Reforma Odeskoi mytnytsi: problema shliakhiv ta metodiv [Reform of the Odessa customs: problem of ways and methods], *Lex portus*, 2016, no. 2, pp. 5–21.
19. Akt pro rezultaty perevirky efektyvnosti vykonannia povnovazhenv chastyni kontroliu za povnotoiu narakhuvannia ta svoiechasnistiu splaty do derzhavnogo biudzhetu mytnykh platezhiv subiektamy pidpriiemnytskoi diialnosti v Odeskii mytnytsi DFS: lyst terytorialnoho upravlinnia po Odeskii, Mykolaivskii ta Khersonskii oblastiakh Rakhunkovoi palaty vid 26 kvitnia 2016 r. № 23-10/1-24-o [The act of results of check of efficiency of execution of powers regarding control of completeness of charge and timeliness of payment in the government budget of customs payments by subjects of an entrepreneurial activity in the DFS Odessa customs: the letter of territorial administration on Odessa, Nikolaev and Kherson areas of Audit Chamber of April 26, 2016. № 23-10/1-24-o].
20. Pro rezultaty perevirky Odeskoi mytnytsi Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: nakaz Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 27 kvitnia 2016 r. № 385 [About results of check of the Odessa customs of the Public fiscal service: order of the Public fiscal service of Ukraine on April 27, 2016 № 385].
21. Akt pro rezultaty tematychnoi perevirky Odeskoi mytnytsi Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: lyst Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 6 hrudnia 2016 r. № 2286/99-99-06-01-20 [Act of results of thematic check of the Odessa customs of the Public fiscal service: letter of the Public fiscal service of Ukraine on December 6, 2016 № 2286/99-99-06-01-20].
22. Pro rezultaty perevirky Odeskoi mytnytsi Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby: dopovidna zapyska Holovi Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy Nasirovu R. M. v. o. dyrektora Departamentu vnutrishnoho audytu K. S. Adamchuka vid 29 hrudnia 2016 r. № 2443/99-99-06-01-20 [About results of check of the Odessa customs of the Public fiscal service: the report to the Chairman of the Public fiscal service of Ukraine Nasirov R. M. century of the lake of the director of the department of internal audit K. S. Adamchuk of December 29, 2016 № 2443/99-99-06-01-20].
23. Protokol narady kerivnoho skladu Odeskoi mytnytsi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 6 hrudnia 2016 r. № 5 [The protocol of a meeting of administrative board of the Odessa customs of fiscal service of Ukraine from 6 December 2016 № 5].
24. Pro skasuvannia doruchen: nakaz Odeskoi mytnytsi Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 14 hrudnia 2016 r. № 571 [About cancellation of instructions: order of the Odessa customs of the Public fiscal service of Ukraine on December 14, 2016 № 571].

25. Pro skasuvannia doruchen: nakaz Odeskoi mytnytsi Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 15 hrudnia 2016 r. № 572 [About cancellation of instructions: order of the Odessa customs of the Public fiscal service of Ukraine on December 15, 2016 № 572].
26. Pro skasuvannia doruchen: nakaz Odeskoi mytnytsi Derzhavnoi fiskalnoi sluzhby Ukrainy vid 15 hrudnia 2016 r. № 573 [About cancellation of instructions: order of the Odessa customs of the Public fiscal service of Ukraine on December 15, 2016 № 573].
27. Fedotov O. P. Iedyne vikno – lokalne rishennia [Uniform window – the local decision], *Molodyi vchenyi*, 2016, no. 2 (29), pp. 217–220.

Федотов О. П. Проблемні аспекти трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування

Анотація. Статтю присвячено дослідженню проблемних аспектів трансформаційних змін сфери державної митної справи на сучасному етапі реформування. Доведено, що будь-які нормотворчі ініціативи та кроки щодо розвитку та модернізації сфери державної митної справи мають базуватися на науково обґрунтованих системних поглядах, напрацюваннях і здобутках науки.

Встановлено, що відсутність чітких підходів до співвідношення понять «адміністративно-правова концепція здійснення державної митної справи», «концепція державної митної справи» і «концепція здійснення державної митної справи», а також неоднозначність поглядів щодо зіставлення понять «адміністративно-правова концепція здійснення державної митної справи» і «концепція формування і реалізації митної політики держави» спричинені фрагментарним впровадженням науково обґрунтованої моделі адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи.

Увагу акцентовано на тому, що ефективність здійснення державної митної справи, побудованої на основі раціональної сучасної адміністративно-правової концепції здійснення державної митної справи, яка віддзеркалює бачення форм і методів здійснення перетворень та їх результатів у процесі митної реформи в Україні, базується на трьох основних дидактичних системах: системі органів митного спрямування Державної фіскальної служби України як безпосередніх суб'єктів здійснення державної митної справи; кадровому забезпеченні; митних процедурах (зумовлені метою переміщення товарів через митний кордон України; сукупність митних формальностей та порядок їх виконання).

На основі аналізу чинного законодавства України з питань державної митної справи автором досліджено питання правомірності діяльності Міжрегіональної митниці ДФС України на сучасному етапі функціонування.

Крім того, обґрунтовано той факт, що концептуальне переосмислення усталених демократичних форм функціонування системи органів митного спрямування й розробка найоптимальнішої моделі здійснення державної митної справи повинні бути розпочаті із впровадження у теорію та практику митної діяльності термінологічного словосполучення «органи митного спрямування ДФС України».

Ключові слова: адміністративно-правова концепція, валідація, державна митна політика, державна митна справа, концепція державної митної справи, концепція здійснення державної митної справи, Міжрегіональна митниця Державної фіскальної служби України, органи митного спрямування.

Федотов А. П. Проблемные аспекты трансформационных изменений сферы государственного таможенного дела на современном этапе реформирования

Аннотация. Статья посвящена исследованию проблемных аспектов трансформационных изменений сферы государственного таможенного дела на современном этапе реформирования. Доказано, что любые нормотворческие инициативы и шаги по развитию и модернизации сферы государственного таможенного дела должны основываться на научно обоснованных системных взглядах, наработках и достижениях науки.

Установлено, что отсутствие четких подходов относительно соотношения понятий «административно-правовая концепция осуществления государственного таможенного дела», «концепция государственного таможенного дела» и «концепция осуществления государственного таможенного дела», а также неоднозначность взглядов относительно сопоставления понятий «административно-правовая концепция осуществления государственного таможенного дела» и «концепция формирования и реализации таможенной политики государства» вызваны фрагментарным использованием научно обоснованной модели административно-правовой концепции осуществления государственного таможенного дела.

Внимание акцентировано на том, что эффективность осуществления государственного таможенного дела, построенного на основе рациональной современной административно-правовой концепции осуществления государственного таможенного дела, которая отражает видение форм и методов осуществления преобразований и их конечных результатов в процессе таможенной реформы в Украине, базируется на трех основных дидактических

системах: системе органов таможенного направления Государственной фискальной службы Украины как непосредственных субъектов осуществления государственного таможенного дела; кадровом обеспечении; таможенных процедурах (обусловленные целью перемещения товаров через таможенную границу Украины; совокупность таможенных формальностей и порядок их выполнения).

На основе анализа действующего законодательства Украины по вопросам государственного таможенного дела автором исследован вопрос правомерности деятельности Межрегиональной таможни ГФС Украины на современном этапе функционирования.

Кроме того, автором обоснован тот факт, что концептуальное переосмысление устоявшихся демократических форм функционирования системы органов таможенного направления и разработка оптимальной модели осуществления государственного таможенного дела должны быть начаты с внедрения в теорию и практику таможенной деятельности терминологического словосочетания «органы таможенного направления ГФС Украины».

Ключевые слова: административно-правовая концепция, валидация, государственная таможенная политика, государственное таможенное дело, концепция государственного таможенного дела, концепция осуществления государственного таможенного дела, Межрегиональная таможня Государственной фискальной службы Украины, органы таможенного направления.

Fedotov O. Problematic Aspects of Transformation Changes of the Sphere of the Public Customs Affairs at the Current Stage of Reformation

Annotation. The article deals with problematic issues of transformation changes in the state customs procedures at the current stage of reformation. It is demonstrated that any norm-setting initiatives and steps aimed at development and upgrading of the state customs procedures should be based on scientifically substantiated system views, best practices and achievements of science.

It has been established that absence of clear-cut approaches to correlation of the notions of «administrative and legal concept of the state customs procedures implementation», «concept of the state customs procedures» and the «concept of the state customs procedures implementation» as well as ambiguity of views on comparison the notions of «administrative and legal concept of the state customs procedures implementation» with the notion of the «concept of formation and implementation of the state customs policy» are caused by a fragmentary implementation of the scientifically substantiated model of the administrative and legal concept of the state customs procedures.

It is emphasized that efficient execution of the state customs procedures based upon rational and modern administrative and legal concept of the state customs procedure implementation which reflects vision of the forms and methods of transformations and their ultimate results in the course of the customs reform in Ukraine is based on three main didactic systems: a system of the customs bodies of the State Fiscal Service of Ukraine being the direct subjects of the state customs procedures implementation; human resourcing; and the customs procedures (conditioned by transferring goods across the state border of Ukraine, a complex of customs formalities and the procedure of their execution).

Having analyzed the effective legislation of Ukraine in the sphere of the state customs procedures, the author studied the legitimacy of the Interregional Customs of the State Fiscal Service of Ukraine at the current stage of its functioning.

Besides, the author substantiated the fact that the conceptual rethinking of the conventional democratic forms of the customs bodies system functioning and the development of the most optimum model of the state customs procedures execution should be commenced from implementation of the terminological word-group «customs bodies of the State Fiscal Service of Ukraine» in theory and practice of the customs activity.

Key words: administrative and legal concept, validation state customs policy, state customs procedures, concept of the state customs procedures, concept of implementation of the state customs procedures, Interregional Customs of the State Fiscal Service of Ukraine, customs bodies.

ПЕНІТЕНЦІАРНА РЕФОРМА ЯК ЗАГРОЗА ПРАВАМ ЛЮДИНИ



Д. ЯГУНОВ
*кандидат наук з державного управління,
доцент, магістр соціальних наук
у галузі кримінальної юстиції
(MSSc in Criminal Justice)*

Минув рік від дня проголошення Міністерством юстиції України курсу на докорінне реформування національної пенітенціарної системи. Так, у лютому 2016 р. на спільній колегії Міністерства внутрішніх справ України та Міністерства юстиції України (Мін'юст) першим заступником Міністра юстиції було презентовано майбутньою реформу пенітенціарної системи.

Пенітенціарна реформа зразка 2016 р. передбачала тотальне скорочення центрального апарату пенітенціарної служби, створення п'яти міжобласних управлінь пенітенціарної служби (замість обласних управлінь), побудову нових слідчих ізоляторів, кардинальні зміни в організації в'язничного виробництва, а головне — перебирання Міністерством юстиції України всієї повноти відповідальності за національну політику у сфері виконання кримінальних покарань.

18 травня 2016 р. Кабінет Міністрів України прийняв рішення, відповідно до якого ліквідувалася Державна пенітенціарна служба України (далі — ДПтС) як центральний орган виконав-

чої влади, на переконання керівників Мін'юсту, внаслідок наявності низки системних проблем пенітенціарної системи, які вона як центральний орган виконавчої влади вирішити не могла або які навіть і створила.

Так, він постановив: 1) ліквідувати ДПтС, поклавши на Мін'юст завдання і функції з реалізації державної політики у сфері виконання кримінальних покарань та пробації; 2) установити, що Мін'юст є правонаступником ДПтС у частині реалізації державної політики у сфері виконання кримінальних покарань та пробації.

Враховуючи, що Міністерство юстиції України як до реформи, так і після неї було відповідальним за формування політики у сфері виконання покарань (а також досить дивного як для вітчизняних реалій явища під назвою «політика у сфері пробації»), ми ставимо за мету у цій статті надати оцінку результатам реалізації пенітенціарної реформи крізь призму небезпеки для стану дотримання прав людини при виконанні кримінальних покарань.

Так сталося, що Міністерство юстиції України, поспіхом ліквідувавши

ДПтС, так і не представило чіткого, прозорого й послідовного програмного документа реформування пенітенціарної системи, так само як і юридичного, фінансово-економічного, кримінологічного та соціологічного обґрунтування кожного напрямку реформування.

Згідно з презентацією Мін'юсту з питань реформування пенітенціарної системи (лютий 2016 р.), основними проблемами, на вирішення яких була спрямована ця реформа, було: 1) «незмінність стандартів функціонування установ виконання покарань упродовж 75 років»; 2) «незмінність структури управління пенітенціарною системою упродовж всього періоду незалежності»; 3) різке скорочення кількості ув'язнених (у тому числі завдяки дії «закону Савченко»); 4) аварійний стан окремих установ та слідчих ізоляторів.

Наскільки такі твердження відповідали дійсності, і до цього часу залишається під великим питанням¹.

При проведенні пенітенціарної реформи Мін'юст ставив за мету: 1) створити дієву національну модель пробації; 2) демілітаризувати пенітенціарну систему; 3) залучити нових людей до пенітенціарної служби; 4) оптимізувати управління пенітенціарною системою на центральному та обласному рівнях; 5) розробити нові закони у сфері виконання покарань відповідно до європейських стандартів; 6) побудувати нові сучасні установи та перенести окремі слідчі ізолятори та установи виконання покарань за межі міст; 7) підвищити операційну ефективність в'язничних підприємств та мотивацію для засуджених працювати на в'язничних підприємствах.

З огляду на час, що минув, спробуємо підбити поточні підсумки процесу, що має назву «пенітенціарна реформа зразка 2016 року».

Створення служби пробації. За рік, що минув, було створено відповідний департамент у складі Мін'юсту. 27 січня 2017 р. Міністерство юстиції України нарешті затвердило порядок складання досудової доповіді та започаткувало практику надання судам досудових доповідей.

Проте чи насправді внаслідок реформи було здійснено кроки на шляху до створення раціональної та дієвої служби пробації — ця теза перебуває під питанням. Як і раніше, так і станом на сьогодні будь-яка статистична інформація та аналітика щодо діяльності служби пробації (та загалом щодо функціонування пенітенціарної системи) прихована від громадськості та науковців. Фактично під грифом «цілком таємно» перебуває будь-яка статистика щодо рецидивних злочинів, вчинених «суб'єктами пробації».

Щодо «раціональності» нової служби пробації, то за поодинокими даними керівників Мін'юсту рівень рецидиву неповнолітніх після центрів пробації становив 4 %. У той же час, як це не дивно, рецидив після перебування на обліках «звичайних» кримінально-виконавчих інспекцій за офіційною статистикою ДПтС становив від 1 % до 1,45 %.

Можна висловити обґрунтоване припущення, що відсоток рецидиву по кримінально-виконавчим інспекціям був завжди штучно заниженим, причому суттєво. Проте навіть помноживши цей показник на п'ять, доходимо висновку, що в очевидно затратних пілотних пробаційних регіонах рівень рецидиву не набагато відрізнявся від тих регіонів, які не були покриті пілотними проектами з відповідними бюджетами за рахунок іноземних фондів та штатом спеціалістів.

На жаль, реформа системи пробації фактично звелася до популізму та невинуватої стигматизації праців-

¹ Див. *Yagunov D. Prison Reform in Ukraine: Some Analytical Notes and Recommendations // European Political and Law Discourse. — 2016. — Volume 3. — Issue 4.*

ників кримінально-виконавчої інспекції. Штучне протиставлення «бюрократичної, радянської» кримінально-виконавчої інспекції «європейській», «повноцінній», «мультифункціональній» службі пробації характеризувалося: 1) використанням стигматизуючих символів та популізму; 2) уникненням визначення конкретної моделі служби пробації, яка має запроваджуватися в Україні.

Підсумовуючи викладене вище, як один зі співавторів чинного закону про пробацію не можу не наголосити, що ідея пробації була та залишається надзвичайно соціально та кримінологічно привабливою. Проте майже примусове занурення Мін'юстом цієї ідеї у міфи та декларації на тлі відсутності будь-яких досліджень та даних щодо рецидивної злочинності й фінансових затрат, а також майже однакових показників рецидиву між пілотними та іншими регіонами вперто натякає на те, що ця ідея ризикує, на жаль, залишитися у формі альтернативи «нічого не змінювати».

Демілітаризація системи. Демілітаризація пенітенціарної системи у найпростішому вигляді, як це було проголошено у планах Міністерства юстиції України (як позбавлення військової форми та погонів), було чи не найгіршим результатом, якого можна було досягнути. Питання полягало у тому, в яких формах та межах має здійснюватися демілітаризація.

Проте виявилось, що під час здійснення пенітенціарної реформи не лише не відбулося демілітаризації пенітенціарної системи, а й навпаки, останні зміни до Кримінального процесуального кодексу України засвідчили рух у напрямку ще більшої мілітаризації, причому в обсягах, які були невідомі попередній моделі державного управління пенітенціарною системою.

Так, Міністерство юстиції України, спочатку оголосивши намір залишити функцію здійснення оперативно-роз-

шукової діяльності (або, краще сказати, нав'язати цю функцію Національній поліції України), потім вирішило кардинально змінити позицію та залишити таку функцію собі з подальшою тенденцією до збільшення обсягів мілітаризованої складової при виконанні кримінальних покарань.

Мін'юст вирішив посилити таку функцію через створення інституту слідчих Міністерства юстиції України (ініційовано народними депутатами від «Народного фронту» та прийнято за майже таємною процедурою під виглядом поправок до Закону України від 21 грудня 2016 р. «Про Вищу раду правосуддя»).

Станом на сьогодні думка науковців, правозахисників та практиків щодо створення «пенітенціарних слідчих» Міністерства юстиції України є єдиною — це неприпустимо. Особливу та вкрай потрібну принциповість з цього питання проявила Уповноважений Верховної Ради України з прав людини В. Лутковська, заклавши якомога швидше скасувати зміни до законодавства, що стосуються надання слідчих повноважень Мін'юсту, та негайно зупинити створення слідчих підрозділів Міністерства юстиції України.

Наділення Мін'юсту функціями правоохоронного органу є проявом крайньої, якщо не сказати тотальної мілітаризації. Це звело нанівець усі декларації керівників міністерства щодо демілітаризації пенітенціарної системи.

Внаслідок створення інституту слідчих Мін'юсту останній максимально віддалився від запровадження інституту пенітенціарних інспекцій. Подальший розвиток корумпованого за своєю природою інституту пенітенціарних слідчих відбувається за рахунок одночасного саботажу концепції пенітенціарних інспекцій, які дійсно вкрай потрібні українській пенітенціарній системі.

Отже, замість того, щоб кинути наявні ресурси на створення дієвого механізму пенітенціарного інспектування, Міністерство юстиції України, маючи тотальний некомплект бажаючих працювати в пенітенціарній системі, ці ресурси чомусь використовує у тій сфері, саме існування якої суперечить правам засуджених, міжнародним стандартам, потребам пенітенціарної системи та логіці.

Крім того, на майбутнє можна очікувати, що абсурдний з позиції принципу верховенства права інститут пенітенціарних слідчих призведе до нових рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) проти України за статтями 2, 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція).

Залучення нових людей до системи. Реформа пенітенціарної системи була спрямована не стільки на залучення «нових людей» до системи, скільки на дискредитацію «старих». На жаль, крайній популізм був формальним двигуном реформи і в аспекті кадрового оновлення пенітенціарної служби. Поодинокі публічні обговорення реформи, які мали місце вже після ліквідації ДПтС, нерідко були пов'язані з доволі бездоказовими висловами політиків та керівників Мін'юсту про «тотальну корумпованість» працівників пенітенціарної служби. Однак, як засвідчив час, навіть після конкурсів на посади у «пенітенціарних департаментах» Міністерства юстиції України та новостворених міжрегіональних управлінь відповідні посади майже на 99 % були зайняті офіцерами, які до цього обіймали посади у тій самій «корумпованій» ДПтС.

Оптимізація центрального апарату та обласних управлінь. У реформаторських проектах Мін'юсту достатньо уваги було приділено питанню оптимізації центрального апарату та обласних управлінь. Так, передбачалося, що в регіонах (на тлі створення міжрегіо-

нальних управлінь) відбудеться скорочення працівників обласних апаратів на 45 % з одночасним збільшенням кількості засуджених на одиницю персоналу.

Також передбачалося створення п'яти міжрегіональних управлінь з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції України (Південно-Східне, Північно-Східне, Південне, Центральне, Західне). Фактично було створено шість управлінь (перелік було розширено за рахунок Центрально-Західного управління).

Чи вдалося досягнути такої «оптимізації», сказати надзвичайно складно не лише з огляду на незрозумілість моделі управління, а й можливість реагування керівництва міжрегіональних управлінь на надзвичайні заходи та події у пенітенціарних установах.

Станом на сьогодні вже виникли питання щодо спроможності керівництва Мін'юсту та міжобласних управлінь оперативно реагувати на непередбачувані події в установах з огляду на численні приклади надзвичайних ситуацій у пенітенціарних установах (незрозумілий конфлікт в Ірпінському виправному центрі, непокора засуджених у Машівській виправній колонії (№ 9), масова відмова від роботи засуджених в Одеській виправній колонії № 14, напади на персонал і на засуджених у Київському слідчому ізоляторі, втечі ув'язнених зі слідчих ізоляторів та колоній за незрозумілих обставин тощо).

Розробка нового законодавства у сфері виконання покарань відповідно до європейських стандартів. У цьому контексті варто було б нагадати, що за своїм правовим статусом Міністерство юстиції України упродовж тривалого часу формувало та продовжує формувати національну кримінально-виконавчу політику. Тому принципових змін у цьому контексті пенітенціарна реформа не принесла.

Більше того, будь-якого принципово нового законодавства у сфері пенітенціарної реформи Мін'юст так і не розробив.

Так, закон про пробацію фактично було скопійовано з проекту робочої групи ЮНІСЕФ, розробленого ще 2008 р.

Проект базового закону про пенітенціарну систему, який почав розроблятися Мін'юстом, так і не набув форми завершеного продукту. Починаючи з вересня 2016 р. міністерство про нього не згадує.

Щодо створення нових законів, то фактично цю функцію перебрали на себе громадські активісти та науковці у рамках волонтерської роботи у підкомітеті Верховної Ради України під головуванням народного депутата України Ю. Мирошниченка, завдяки яким Верховна Рада України прийняла низку важливих змін, спрямованих на гуманізацію процесу відбування покарань.

Побудова нових сучасних в'язниць та перенесення в'язниць за межі міст. Є очевидним, що побудова нових слідчих ізоляторів дійсно є важливим напрямом реформування, а отже, вимагає термінових кроків щодо реалізації. Водночас ці проекти мають надзвичайно високі корупційні ризики, пов'язані з орендою земельних ділянок у центрах великих міст і корупційними схемами щодо розбудов нових в'язниць. Все це вимагає забезпечення максимальної прозорості в процесі побудови нових слідчих ізоляторів. Крім того, на особливу увагу заслуговує питання збереження пам'яток архітектури, якими є пенітенціарні установи.

Проте в більш широкому контексті розбудова нових СІЗО аж ніяк не була тією проблемою, яка вимагала ліквідації структури управління в цілому (тобто ДПтС).

Підвищення операційної ефективності в'язничних підприємств та збільшення кількості працюючих засуджених за рахунок підвищення їх мотива-

ції до праці. Цей напрям реформування був задекларований як такий, що спрямований на підвищення кількості працюючих засуджених в установах виконання покарань (з 17 % до невідзначеного показника). Грандіозні плани щодо досягнення таких результатів були більш ніж амбітними, проте станом на сьогодні ситуації щодо організації в'язничного виробництва та забезпечення роботою засуджених також перебуває під фактичним грифом «цілком таємно».

Водночас існує очевидний ризик, що отримання прибутку від праці засуджених буде ще більше домінувати над інтересами в'язничної праці як інструменту ресоціалізаційного впливу та засобу навчання засуджених корисним трудовим навичкам.

Підсумовуючи викладене вище, можна зазначити, що пенітенціарна реформа Мін'юсту, започаткована у лютому та реалізована у травні 2016 р.:

а) базувалася на міфах, гіпотезах та вигаданих фактах;

б) була ініційована і проведена у таємний спосіб без консультацій з громадськістю та експертами;

в) використовувала та продовжує використовувати негативні та стигматичні символи заради обґрунтування своєї міфології;

г) не містила достатнього обґрунтування ефективності структури управління, яка була запроваджена після ліквідації ДПтС;

г) належним чином не враховує питання пенітенціарного інспектування, що є неприпустимим на тлі скасування інституту «пенітенціарного» прокурорського нагляду.

У зв'язку з цим варто зазначити про таке:

1. Пенітенціарна реформа Мін'юсту зразка травня 2016 р. (як загалом, так і на прикладі окремих напрямів) має більш ніж достатні підстави оцінюватися критично, а іноді — надзвичайно критично;

2. Нова пенітенціарна політика Мін'юсту жодним чином не визначила свої пріоритети в обґрунтуванні *rationales for punishment*, ігноруючи явну небезпеку поєднання окремих *rationales*. Ця пенітенціарна політика нагадує вельми суперечливий популістський ідеологічний мікс, де основний фокус робиться на комунітарній теорії з інтервенційними методами. Так само ця політика не враховує досвід країн Європи та США, який є надзвичайно переконливим у своїй яскравості та іноді, на жаль, — драматичності;

3. Повна відсутність соціологічного, кримінологічного та неповнота економічно-фінансового обґрунтування пенітенціарної реформи, так само як і відсутність чіткої дорожньої карти реформування, перенасичення презентацій Мін'юсту та Плану пріоритетних дій Кабінету Міністрів України на 2016 р. (в аспекті пенітенціарної реформи) історичними помилками, ідеологізмами та популістськими штампами суттєво підірвали вкрай потрібні системі зусилля щодо реформування пенітенціарної системи, навіть ті, що дійсно спрямовані на вирішення гострих проблем;

4. На жаль, сьогодні можна дійти висновку, що процес реформування через відсутність чітких індикаторів реформ більше свідчить про реформування заради зміни структур, а не реформування заради досягнення конкретних соціально значущих показників;

5. Несподівана для багатьох працівників пенітенціарної системи ліквідація ДПтС поставила їх у стан правової невизначеності та соціальної незахищеності, свідченням чого є гостра реакція профспілкових організацій ДПтС на зазначену реформу;

6. Визначення Мін'юстом комплексної проблеми у спосіб, як це було визначено в Плані пріоритетних дій Кабінету Міністрів України на 2016 р., ще раз переконливо свідчить про домінування

популістських підходів, які базуються на викривленій інформації про історичний розвиток пенітенціарної системи та чинне законодавство. Ненауковість такого підходу є очевидною через відсутність належної уваги до напрацювань світової та європейської пенології щодо сутності ресоціалізації злочинців, трансформації реабілітаційного ідеалу, форм та методів ресоціалізації. Хибне уявлення про такі проблеми призвело до того, що до переліку орієнтирів пенітенціарної реформи потрапили ті, що насправді проблемами не є. Навпаки, окремі фактичні проблеми не були визначені як такі в проектних орієнтирах Міністерства юстиції України та Кабінету Міністрів України;

7. Ми можемо лише спостерігати швидко сповзання пенітенціарної системи до ще більшої концентрації таємності та закритості, що набуло критичних масштабів. Нині ми нічого не знаємо ані про конкретні напрями реформування (які вимагають фінансової прозорості на прикладі побудови нових слідчих ізоляторів), ані про вартість реформи загалом по країні (наприклад, в аспекті створення служби пробації або вдосконалення системи пенітенціарної реабілітації). Внаслідок цього створюється ситуація, коли «реформаторські» зусилля є прикладом тієї самої фінансової непрозорості, яка ставилася Мін'юстом у провину Державній пенітенціарній службі і яку реформатори мали на меті усунути;

8. Гострий брак соціологічного та кримінологічного обґрунтування реформи загалом та окремих напрямів зокрема може приховувати глибокі виклики питанням безпеки та реальні загрози для існування так званої «здорової в'язниці»;

9. Зайва, іноді невинуватна міфологізація пробації, неврахування зарубіжного досвіду розбудови національних систем пробації та фінансові таємниці щодо того, скільки вона коштува-

тиме (і яка саме) також становить ризик, що система пробації в Україні може перетворитися на декларацію ще до створення;

10. Створення пенітенціарних інспекцій, передбачених Правилами Мандели та Європейськими пенітенціарними правилами і закріплених в Конституції України, також перебу-

ває у стані невизначеності внаслідок фактичної заміни цього напряму реформування на штучний інститут «пенітенціарних слідчих», який сам по собі створює реальні загрози для дотримання Україною прав, передбачених статтями 2 і 3 Конвенції, а також для інших прав засуджених і персоналу пенітенціарної системи.

Ягунов Д. В. Пенітенціарна реформа як загроза правам людини

Анотація. Стаття присвячена пенітенціарній реформі в Україні, що реалізується Міністерством юстиції України з лютого 2016 р. Увага приділяється проблемним питанням реформування, які можуть негативно вплинути на стан дотримання прав людини у пенітенціарній системі, а також інституту пенітенціарних слідчих, створеного у грудні 2016 р. за ініціативою Мін'юсту. Аналізується проблема створення в Україні пенітенціарних інспекцій.

Ключові слова: пенітенціарна реформа, пробація, підслідність, пенітенціарні інспекції.

Ягунов Д. В. Пенитенциарная реформа как угроза правам человека

Аннотация. Статья посвящена пенитенциарной реформе в Украине, которая реализуется Министерством юстиции Украины с февраля 2016 г. Внимание уделяется проблемным вопросам реформирования, которые могут негативно повлиять на состояние соблюдения прав человека в пенитенциарной системе, а также института пенитенциарных следователей, созданного в декабре 2016 г. по инициативе Минюста. Анализируется проблема создания в Украине пенитенциарных инспекций.

Ключевые слова: пенитенциарная реформа, пробация, подследственность, пенитенциарные инспекции.

Yagunov D. Penitentiary Reform as Threat to Human Rights

Annotation. The article is focused on the penitentiary reform in Ukraine, which has been implementing by the Ministry of Justice since February 2016. Attention is focused on problematic issues of the reform, which can adversely affect the human rights situation within the penitentiary system. Attention is paid to the creation of prison inspection in Ukraine. Attention is also given to the investigation departments of the prison service, which had been established in December 2016 by the initiative of the Ministry of Justice of Ukraine.

Key words: prison reform, probation, investigative jurisdiction, prison inspections.

ВІДНОВЛЕННЯ ВТРАЧЕНИХ МАТЕРІАЛІВ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ: ПРОБЛЕМИ ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ І ПЕРСПЕКТИВИ НОРМАТИВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ



О. ЛАЗУКОВА

*здобувач кафедри кримінального процесу
(Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого)*

Ефективність кримінальної процесуальної діяльності залежить від багатьох чинників. Цьому питанню на доктринальному рівні приділяється значна увага науковців: вносяться пропозиції щодо вдосконалення механізму кримінального процесуального регулювання; пропонуються способи оптимізації процесуальної форми; напрацьовуються рекомендації щодо мінімізації перешкод на шляху вирішення законодавчо визначених завдань кримінального процесу.

Однак поза увагою вчених недослідженою залишається доволі «практична» проблема, яка своїми похідними негативними наслідками істотно знижує ефективність кримінальної процесуальної діяльності, а в деяких випадках взагалі унеможлиблює досягнення завдань кримінального провадження. Йдеться про втрату матеріалів кримінального провадження.

Напевне відсутність теоретичної розробки вказаного питання можна

пояснити тим, що на практиці такі випадки вважаються «делікатними», «незручними», та у зв'язку з цим, латентними й широко не афішуються [1, 705]. Не сприяло науковому пошуку й кваліфіковане мовчання законодавця, оскільки своє нормативне закріплення інститут відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження отримав лише в 2012 р. із прийняттям Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК України).

Беззаперечно, надання законодавцем процесуальної форми діяльності з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження — позитивний крок, однак аналіз положень, що регламентують вказану діяльність, свідчить про їх недосконалість. Така неналежна унормованість вказаного сегменту кримінальних процесуальних відносин набула особливого звучання у зв'язку з масовою втратою матеріалів кримінальних проваджень у районі

проведення антитерористичної операції (далі — АТО)¹.

У контексті вказаного, задля вирішення нагальних проблем, які постають перед правозастосовниками у зв'язку з втратою матеріалів кримінальних проваджень (як із об'єктивних, так і суб'єктивних причин), а також відсутністю належної нормативної алгоритмізації відновлення таких матеріалів, вважаємо за необхідне здійснити аналіз сучасної нормативно-правової регламентації та надати пропозиції щодо її вдосконалення у вигляді теоретичної моделі відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження.

Результати проведеного аналізу наявних наукових праць, присвячених питанню, що досліджується, свідчать про те, що вони належать або зарубіжним ученим, які досліджували вказану проблематику за законодавством своїх країн, або ж вітчизняним науковцям — до унормування вказаного питання у КПК України.

Зокрема, окремі аспекти порядку відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження у різні часи розглядалися М. Борисенком, А. Віноградовим, Н. Єфремовою, Д. Жовненком, В. Зеленецьким, О. Івановою, Л. Калінкіною, В. Кальницьким, В. Кузьминою, П. Купко, А. Маланюком, В. Михайловим, О. Мещеряковою, А. Романюком, А. Фільченком та ін. Дослідженню ж сучасної нормативно-правової регламентації порядку відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження приділена увага лише в статті та тезах О. Миколенко [2; 3].

У контексті дослідження теоретичний інтерес становлять також напрацювання науковців інших галузей

права з цього питання. Зокрема, у цивільному процесі на монографічному рівні порядок відновлення втраченого судового провадження дослідив Є. Лейба, окремим аспектам вказаного питання присвячена стаття О. Шимановича. Відновлення втраченого провадження як особливу стадію адміністративного судочинства досліджував Д. Козачук. О. Захаровою здійснено порівняльний огляд нормативно-правової регламентації порядку відновлення втраченого провадження у національному процесуальному законодавстві загалом. Всі названі вище праці стали основою нашого дослідження.

Правова природа та функціональне призначення діяльності з відновлення втрачених матеріалів полягає, так би мовити, у його забезпечувальному характері для досягнення мети кримінального провадження у випадку втрати матеріалів [4, 172–173]. Таке «повторне провадження» спрямоване на усунення перешкод у кримінальному провадженні, ліквідацію їх негативних наслідків з метою досягнення призначення кримінального судочинства, а саме: захистом прав і законних інтересів учасників кримінального провадження, захистом особистості від незаконного і необґрунтованого обвинувачення, засудження, обмеження її прав і свобод [5, 47].

Необхідно зазначити, що інститут відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження пройшов довгий шлях свого розвитку: від кваліфікованого мовчання законодавця у нормативно-правових актах і до визнання його одним із актуальних інститутів сучасного кримінального процесуального права України.

¹ Випадки втрати матеріалів кримінальних проваджень мали місце внаслідок масових заворушень, починаючи з весни 2014 р., у ході яких відбувалися захоплення адміністративних будівель міліції, прокуратур, судів. Наприклад, 27 квітня 2014 р. внаслідок підпаду приміщення Орджонікідзевського районного суду м. Маріуполя Донецької області пожежею були знищені всі матеріали кримінальних справ, про що свідчить акт знищення кримінальних справ та матеріалів, затверджений 30 квітня 2014 р. головою Орджонікідзевського районного суду міста Маріуполя. У вересні 2014 р. у результаті захоплення незаконними збройними формуваннями будівлі Апеляційного суду Донецької області, там залишилися всі матеріали, в тому числі 516 кримінальних справ. Під час обстрілу були знищені матеріали справ, що були у приміщеннях Слов'янського міськрайонного суду (Донецька область) та Первомайського міського суду (Дуганська область).

Вперше порядок відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження був закріплений на рівні Інструкції «Про порядок відновлення втрачених, знищених або викрадених проваджень по судових справах», затвердженої Циркуляром Народного комісаріату юстиції РРФСР від 6 січня 1925 р. [6, 146–148]. Вона містила 15 пунктів, які умовно можна поділити на три частини: в рамках першої вирішувалося питання про те, які категорії справ підлягали відновленню та які суди вирішували це питання; в рамках другої частини регламентувався порядок відновлення та збір доказів; частина третя була присвячена питанню щодо відновлення раніше прийнятих рішень.

Наступним етапом в історії регламентації досліджуваного питання стало прийняття 23 травня 1942 р. наказу Народного комісара юстиції СРСР і Прокурора СРСР № 35/175 «Про порядок відновлення кримінальних і цивільних справ, в яких провадження втрачено в зв'язку з обставинами воєнного часу» [7, 249–250], який передбачав можливість відновлення втрачених матеріалів як на стадії попереднього розслідування за рішенням прокурора, так і на стадії судового розгляду. Процедура відновлення втраченого провадження полягала в тому, що органи розслідування складали заново відповідні постанови та повторно проводили можливі слідчі дії.

Вказані нормативно-правові акти становлять теоретичний інтерес та значну історичну цінність, оскільки в подальшому протягом багатьох років ані на рівні Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., ані на рівні іншого нормативно-правового акта порядок «реконструкції» втрачених матеріалів кримінального провадження

не був регламентований. Зрозуміло, що протягом цього періоду проблема нікуди не зникла, а діяльність із відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження стала мати позапроцесуальний характер, та, з метою приховування факту втрати матеріалів, часто межувала з фальсифікацією.

На такі неофіційні підходи до відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження була звернена увага при розробці КПК України. Усвідомлюючи важливість проблеми та необхідності її врегулювання, законодавець присвятив цьому питанню в КПК України окремий розділ VII «Порядок відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження».

Однак, незважаючи на беззаперечну вагомість та значущість вказаного кроку, доводиться констатувати недосконалість положень цього розділу. Одним із суттєвих недоліків законодавчої моделі відновлення втрачених матеріалів є закріплена нормативна умова про можливість відновлення таких матеріалів лише в тому кримінальному провадженні, яке завершилося *винесенням вироку* (курсив наш. — О. Л.). На нашу думку, така умова невіправдано звужує межі відновлювального провадження та взагалі нівелює призначення цього інституту.

Законодавцем не надаються відповіді на такі запитання: «Що робити, коли матеріали кримінального провадження втрачені на стадії судового розгляду, проте рішення у справі ще не було прийнято?»¹. Логічним і невирішеним є запитання: «Як бути у випадках, коли матеріали втрачені на стадії досудового розслідування?»². Відповіді на ці запитання ускладнені і пов'язані передусім із відсутністю необхідного процесуального механізму відновлення таких матеріалів. А той мінімальний набір

¹ Реальним прикладом такої втрати матеріалів можна навести випадок, коли в ніч на 13 червня 2016 р. сталася пожежа в Солом'янському районному суді м. Києва, внаслідок чого частина матеріалів кримінальних проваджень, які не були розглянуті по суті, була втрачена.

² Наприклад, 11 вересня 2014 р. невідомі озброєні особи захопили службові приміщення слідчого управління Головного управління Міністерства внутрішніх справ України в Донецькій області та знищили все майно.

нормативно-регулятивних правил, що закріплені сьогодні в КПК України, стає, по суті, юридичною перешкодою для реалізації конституційних прав учасників кримінальних проваджень, матеріали яких втрачені.

Ця проблема гостро стоїть у районі проведення АТО на сході України¹. Задля забезпечення конституційних прав учасників кримінальних проваджень, зокрема й права на доступ до правосуддя в умовах проведення АТО, законодавцем була здійснена спроба частково врегулювати на рівні закону деякі питання, пов'язані з втратою матеріалів. Відповідно до ч. 3 ст. 1 Закону України «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції» (далі — Закон) справи, розгляд яких не закінчено і які перебувають у провадженні місцевих, апеляційних судів, розташованих у районі проведення АТО, в разі неможливості здійснювати правосуддя передаються судам відповідно до встановленої згідно з Законом підсудності протягом десяти робочих днів із дня прийняття розпорядження головою відповідного вищого спеціалізованого суду.

Зі змісту положень Закону стає зрозумілим, що передачі підлягають лише справи, розгляд яких не закінчено і які перебувають у провадженні зазначених судів. Що ж стосується справ, у яких ухвалено вирок, у Законі не йдеться². Не надаються відповіді на питання й щодо втрачених матеріалів на стадії досудового розслідування.

Така правова невизначеність із окреслених питань змусила практичних працівників самостійно шукати відповіді на них. Наприклад, посадові особи окремих регіональних прокуратур робили спроби регламентувати порядок відновлення втрачених матеріалів досудового розслідування на рівні методичних вказівок. У 2015 р. організаційно-методичним відділом слідчого управління прокуратури Луганської області були розроблені методичні рекомендації під назвою «Особливий режим досудового розслідування в районі проведення антитерористичної операції», один із пунктів яких був присвячений механізму відновлення втрачених матеріалів на стадії досудового розслідування.

Крім цього, спроби врегулювати окремі питання відновлення втрачених матеріалів досудового розслідування були зроблені у наказі Міністерства внутрішніх справ України від 14 квітня 2016 р № 296 «Про затвердження Інструкції організації обліку і руху кримінальних проваджень в органах досудового розслідування Національної поліції України [8].

Необхідно зазначити, що на сьогодні у Верховній Раді України зареєстровано три законопроекти, які спрямовані на вдосконалення положень КПК України щодо порядку відновлення втрачених матеріалів досудового розслідування [9–11]. При цьому системний аналіз запропонованих вказаними вище законопроектами змін і доповнень дозволяє стверджувати про фраг-

¹ Довідково: для ілюстрації динаміки проблеми стосовно питань, пов'язаних із відновленням втрачених матеріалів кримінальних проваджень, зазначимо, що за результатами проведеного узагальнення судової практики в Єдиному державному реєстрі судових рішень станом на 11 березня 2017 р. наявні 354 ухвали. При цьому до 31 грудня 2013 р. (включно) в базі наявно лише вісім ухвал із питання, що нас цікавить. У 2014 р. ситуація кардинально змінюється, і кількість ухвал щодо вирішення питання про відновлення втрачених матеріалів кримінальних проваджень стрімко збільшується, про що свідчать такі дані: з початку 2014 р. по 11 березня 2017 р. (включно) в електронній базі вже наявно 346 ухвал. При цьому більша кількість таких ухвал (82,4 %) відноситься або: 1) до областей, на території яких проводиться АТО (Донецька область (44,2 %), Луганська область (21,7 %)), або 2) до сусідніх областей (у зв'язку зі зміною підсудності) — Запорізька область (16,5 %).

² Ми цілком розуміємо складність ситуації, яка склалася, а також пріоритетність передачі хоча б тієї частини матеріалів кримінальних проваджень, розгляд по суті яких ще не закінчений. При цьому в подальшому ще протягом багатьох десятиліть будуть виникати питання щодо відновлення матеріалів, які залишилися на тій території в архівах.

ментарний підхід законодавця до вирішення вказаної проблеми.

У зв'язку з наведеним, з метою забезпечення конституційних прав учасників кримінального провадження, принципове значення має термінова розробка дієвого процесуального механізму відновлення втрачених матеріалів. На нашу думку, до нормативно-правового мінімуму такої теоретичної моделі повинні бути включені такі положення.

По-перше, законодавцем необхідно передбачити правило, що у разі виявлення факту втрати, знищення або істотного пошкодження матеріалів кримінального провадження зазначені матеріали підлягають відновленню *на будь-якій стадії кримінального провадження* (курсив наш. — О. Л.). При цьому відновлення матеріалів на стадії досудового розслідування та у суді першої інстанції, коли не було прийнято підсумкове рішення, підлягають обов'язковому відновленню в силу публічного характеру кримінальної процесуальної діяльності. Необхідно також визначити коло суб'єктів, які можуть звернутися із заявою (клопотанням) про відновлення втрачених матеріалів. На наше переконання, такі матеріали можуть бути відновлені за заявою (клопотанням) сторони захисту, потерпілого, його представника та законного представника, цивільного позивача, його представника та законного представника.

По-друге, оскільки відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження являє собою систему процесуальних дій у межах кримінальної процесуальної форми, які обумовлені втратою матеріалів кримінального провадження та спрямовані на їх відновлення з метою досягнення завдань кримінального процесу, вважаємо за необхідне до загальних положень відновлювального провадження віднести й питання щодо початку такої діяльності.

Йдеться про законні привод і підстави для початку провадження. Як уявляється, *приводом* (тобто передбаченим законом джерелом інформації, з якого стало відомо про факт втрати матеріалів кримінального провадження) може бути заява (клопотання) учасника кримінального провадження, рапорт слідчого про втрату матеріалів із зазначенням обставин, акт інвентаризації матеріалів тощо. При чому необхідно закріпити правило, що у разі надзвичайних обставин, які можуть свідчити про можливість втрати матеріалів кримінальних проваджень, орган досудового розслідування, суд зобов'язані невідкладно провести інвентаризацію (звірку фактично наявних матеріалів із наявними матеріалами в базах Єдиного реєстру досудового розслідування (далі — ЄРДР) або Автоматизованій системі документообігу суду). З метою попередження втрати матеріалів, на рівні підзаконного нормативно-правового акта (зокрема, інструкції) необхідно передбачити обов'язкові випадки позапланових перевірок наявності та стану матеріалів кримінальних проваджень. До таких випадків варто віднести: зміну керівника архіву (особи, відповідальної за нього); реорганізацію або ліквідацію органу.

Підставами ж для початку провадження з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження на будь-якій стадії є обставини, що свідчать про факт втрати матеріалів кримінального провадження (фактична підстава). При цьому необхідно зазначити, що підставою для початку відновлювальної діяльності може бути як повна втрата матеріалів, так і часткова. *Формальною (юридичною, процесуальною) підставою початку* провадження з відновлення втрачених матеріалів є рішення уповноваженого суб'єкта про початок відновлювальної діяльності (постанова прокурора, *керівника органу досудового розслідування*, а в разі втрати матеріалів під час судового прова-

дження — ухвала суду, яка направляєється прокурору для виконання). При цьому, на нашу думку, відомості про початок діяльності з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження на стадії досудового розслідування повинні вноситися до ЄРДР.

З метою доступу учасників кримінального провадження, матеріали якого втрачені, до правосуддя на законодавчому рівні необхідно передбачити обов'язок уповноважених суб'єктів відновлювальної діяльності поінформувати учасників кримінального провадження (зокрема, копія постанови про початок провадження з відновлення втрачених матеріалів на стадії досудового розслідування повинна бути надіслана стороні захисту, потерпілому, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження).

Наступним концептуальним, і в той же час дискусійним, є питання стосовно суб'єктів, уповноважених відновлювати втрачені матеріали. З цього приводу Л. Калінкіна зазначає, що процедура відновлення в будь-якому випадку повинна доручатися *іншому слідчому* [5, 47]. Вважаємо, що одним із аргументів на підтримку цієї точки зору є теза про те, що, наприклад, слідчий, який втратив матеріали, може бути свідком у цьому «відновлювальному» провадженні. У свою чергу, В. Кальницький та Н. Єфремова наводять такі контраргументи: «Факт втрати справи сам по собі не свідчить про особисту зацікавленість слідчого і не є безумовною підставою для його відводу. У багатьох випадках залишення справи в провадженні “колишнього” слідчого найдоцільніше, оскільки він знає його фактичні обставини і джерела доказової інформації. При обмежених строках відновлювального провадження, інформаційних та інших труднощах це відіграє значну роль» [12, 31]. На нашу думку, в більшості випадків, дійсно, відновлення втрачених матеріалів логічно доручити тому слідчому, в провадженні якого

перебували матеріали. Однак, враховуючи, що на практиці виникають ситуації, пов'язані з втратою матеріалів саме з вини слідчого, логічно, щоб це питання вирішувалося у постанові про початок провадження з відновлення втрачених матеріалів.

Наступний блок стосується процесуальних строків. Л. Калінкіна слушно, на нашу думку, зазначає, що таке повторне провадження у будь-якому випадку призводить до затягування процесуальних строків [5, 43], у зв'язку з цим, вважаємо, що у випадках неможливості відновити втрачені матеріали протягом встановленого строку досудового розслідування, цей строк може бути продовжений. До обов'язкових компонентів теоретичної моделі, на нашу думку, необхідно віднести й положення стосовно обчислення строків запобіжних заходів: якщо закінчуються граничні строки тримання під вартою, підозрюваний, обвинувачений підлягають негайному звільненню.

Необхідно звернути увагу й на питання юрисдикції. Зокрема, заява (клопотання) про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, залежно від того, на якій стадії вони були втрачені, подається відповідно або до того органу, який здійснював досудове розслідування, або до суду, який ухвалив вирок. При цьому в разі зміни підслідності/підсудності заява подається з урахуванням цих змін.

При конструюванні майбутньої моделі відновлення втрачених матеріалів доцільно також передбачити, що процесуальний порядок діяльності з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження на стадії досудового розслідування здійснюється за загальними правилами досудового розслідування, встановленими КПК України.

При встановленні факту втрати матеріалів доцільний такий алгоритм дій слідчого: відновлення матеріалів необхідно здійснювати за копіями, що збереглися, і які можуть бути доказами

в порядку та на умовах, визначених главою 4 КПК України, а також шляхом проведення повторних, а у разі необхідності додаткових слідчих (розшукових) дій¹. Для відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження необхідно використовувати інформацію з ЄРДР, журналів-реєстрів кримінальних проваджень, журналів вхідної та вихідної кореспонденції підрозділів документального забезпечення, режимних секретних підрозділів, контрольно-наглядових справ кримінальних проваджень (у тому числі їх електронних варіантів) та наглядових проваджень органів прокуратури. Ще одним джерелом для відновлення втраченої доказової інформації може стати законодавчо закріплена можливість провести допит як свідків слідчого та прокурора, в провадженні яких перебували втрачені матеріали².

Важливим є питання щодо визначення меж предмета «відновлювального провадження». Так, І. Князева, у випадку втрати кримінальної справи на стадії досудового розслідування, вважає, що відновленню підлягають усі матеріали. У свою чергу, Н. Єфремова пропонує визначати критерій доцільності відновлення того чи іншого втраченого документа з позиції їх перешкоджання цілісному сприйняттю проведеного розслідування. Цю позицію підтримує й М. Борисенко, який зазначає, що в основі визначення обсягу і меж відновлювального провадження повинна бути оцінка збережених і знову відновлених доказів, а також інших документів з позиції їх достатнос-

ті [1, 21]. Ми цілком погоджуємося з думкою М. Борисенка, що під час оцінки відтворюваних документів особа, яка здійснює відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, має керуватися своїм внутрішнім переконанням, заснованим на всебічному, повному й об'єктивному дослідженні всіх обставин відновлюваного матеріалу. Це, в свою чергу, звільнить слідчого від проведення повторних слідчих (розшукових) та інших процесуальних дій з відтворення процесуальних документів, втрата яких не впливає на хід і результати розслідування, дозволивши тим самим уникнути непотрібних витрат, пов'язаних із їх проведенням [14, 22].

Наостанок хотілося б зазначити, що в недалекому майбутньому актуальність вказаного питання, можливо, буде зменшена у зв'язку з переходом паперового документообігу до електронного³. Як вказують дослідники з цього питання, впровадження механізмів електронного документообігу, ведення електронних архівів у випадку втрати матеріалів кримінального провадження дозволить мати можливість практично повного відтворення матеріалів, що, в свою чергу, сприятиме забезпеченню реалізації права на судовий захист та покращення доступу до правосуддя.

Однак на сьогодні випадки масових втрат матеріалів кримінальних проваджень є високими, а у зв'язку з цим внесення змін до існуючого порядку відновлення таких матеріалів є необхідним.

¹ Деякі слідчі (розшукові) дії у силу своєї специфіки провести повторно неможливо. Зокрема, такою слідчою (розшуковою) дією є пред'явлення для впізнання. Вважаємо, що на практиці вихід із такої ситуації може полягати в проведенні додаткового допиту особи, яка впізнавала. Безперечно, допит не замінить повноцінного пред'явлення для впізнання, проте, якщо неможливо відновити протокол, це буде достатнім підтвердженням (див.: [13]). Додатково, за умов наявності такої інформації, можливо допитати й інших осіб, які брали участь у цій слідчій (розшуковій) дії (поняті, статисти, законні представники тощо).

² Аналогічні норми містить кримінальне процесуальне законодавство Республіки Вірменія (п. 4 ч. 2 ст. 86 КПК Республіки Вірменія), Республіки Молдова (ст. 90 КПК Республіки Молдова). Вказане правило міститься й у ст. 120 Модельного кримінального-процесуального кодексу для країн СНД.

³ Додатково зазначимо, що на сьогодні лідером у використанні технологій безпаперового документообігу в кримінальному судочинстві є Фінляндія. Поступово електронний документообіг запроваджується і в інших країнах. Наприклад, 21 листопада 2016 р. у Республіці Азербайджан запущений модуль «Електронне кримінальне провадження».

Відсутність норм, які регламентують дії посадових осіб при втраті матеріалів кримінальних проваджень, щодо яких не було вироку суду, свідчить про наявність у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві прогалини. Потреба вдосконалення процесуальної форми відновлення таких

матеріалів стала поштовхом для нашого дослідження. Сподіваємося, що запропонована теоретична модель відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження стане в нагоді для подальших наукових пошуків, а також при розробці проекту закону про внесення змін до КПК України.

ВИКОРИСТАНІ МАТЕРІАЛИ

1. *Кримінальний процес* : підруч. / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тасій та ін. ; за ред. В. Я. Тасія, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. — Х., 2013. — 824 с.
2. *Миколенко А. Н.* Правове регулювання відновлення утрачених матеріалів уголовного провадження в Україні [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://liber.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/9035/1/409-412.pdf>.
3. *Миколенко О. М.* Правове забезпечення інституту відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://dspace.onu.edu.ua:8080/handle/123456789/7327>.
4. *Трофименко В. М.* Теоретичні та правові основи диференціації процесуальної форми у кримінальному судочинстві : моногр. — Х., 2016. — 304 с.
5. *Калинкина Л. Д.* Повторное производство в российском уголовном процессе : дис. ... д-р юрид. наук. — М., 2010. — 475 с.;
6. *Инструкция* о порядке восстановления утраченных, уничтоженных или похищенных производств по судебным делам // Сборник циркуляров Наркомюста РСФСР за 1922–1925 гг. — М., 1926. — С. 146–148.
7. *Приказ* Народного комиссара юстиции СССР и Прокурора СССР № 35/175 от 23 мая 1942 г. «О порядке восстановления уголовных и гражданских дел, по которым производство утрачено в связи с обстоятельствами военного времени» // Законодательные и административно-правовые акты военного времени с 22 марта 1942 г. по 1 мая 1943 г. — М., 1943. — С. 249–250.
8. *Інструкція* з організації обліку та руху кримінальних проваджень в органах досудового розслідування Національної поліції України, затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 14 квітня 2016 № 296 // Офіційний вісник України. — 2016. — № 52. — Ст. 1843.
9. *Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України* (щодо додержання конституційних прав учасників кримінального провадження та інших громадян в частині збирання та фіксації доказів, процесу доказування та проведення слідчих (розшукових), негласних (розшукових) дій) : проект Закону України від 15 травня 2015 р. № 2872 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55155.
10. *Про внесення змін до Закону України «Про забезпечення прав та свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»* щодо механізму відновлення втрачених матеріалів справи від 19 жовтня 2015 р. № 3343 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56850.
11. *Про внесення змін до деяких законодавчих актів України* щодо посилення захисту прав людини у кримінальному судочинстві від 21 травня 2015 р. № 2930 [Електронний ресурс]. — Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55285.
12. *Кальницький В. В., Ефремова Н. П.* Восстановление утраченных уголовных дел / под ред. проф. В. В. Николюка. — М., 2000. — 91 с.
13. *Григорьев О. Г.* Особенности предъявления для опознания людей в ходе предварительного расследования [Електронний ресурс]. — Режим доступу : <http://cyberleninka.ru/article/n/osobennosti-predyavleniya-dlya-opoznaniya-lyudey-v-hode-predvaritelnogo-rassledovaniya>.
14. *Борисенко Н. А.* Определение пределов восстановительного производства по утраченным уголовным делам // Борьба с преступностью: теория и практика: тезисы докладов III Международной науч.-практ. конф. (г. Могилев, 20 марта 2015 г.) / М-во внутр. дел Респ. Беларусь, учреждение образования «Могилевский институт внутренних дел Республики Беларусь» : редкол. : Ю. П. Шкаплеров (отв. ред.) и др. — Могилев, 2015. — С. 20–22.

REFERENCES

1. *Kryminalnyi protses* [Criminal Procedure], Kharkiv, 2013, 824 p.
2. *Mikolenko A. N.* Pravovoe regulirovanie vosstanovleniya utrachennykh materialov ugovolnogo proizvodstva v Ukraine [Legal regulation of restoration of the lost materials of criminal proceedings in Ukraine]. Available at: <http://liber.onu.edu.ua:8080/bitstream/123456789/9035/1/409-412.pdf>.

3. Mykolenko O. M. Pravove zabezpechennia instytutu vidnovlennia vtrachenykh materialiv kryminalnogo vprovadzhennia [Legal support of institute of restoration of the lost materials of criminal introduction]. Available at: <http://dspace.onu.edu.ua:8080/handle/123456789/7327>.
4. Trofymenko V. M. Teoretychni ta pravovi osnovy dyferentsiatsii protsesualnoi formy u kryminalnomu sudochynstvi [Theoretical and legal bases of differentiation of a procedural form in criminal trial], Kharkiv, 2016, 304 p.
5. Kalinkina L. D. Povtornoe proizvodstvo v rossiyskom ugovnom protsesse [Repeated production in the Russian criminal procedure], Moscow, 2010, 475 p.
6. Instruksiya o porjadke vosstanovleniya uteryannykh, unichtozhennykh ili pokhishchennykh proizvodstv po sudebnym delam [The instruction about an order of restoration of the lost, destroyed or stolen lawsuits productions], *Sbornik tsirkulyarov Narkomyusta RSFSR za 1922–1925 gg.*, Moscow, 1926, pp. 146–148.
7. Prikaz Narodnogo komissara yustitsii SSSR i Prokurora SSSR № 35/175 ot 23 maya 1942 g. «O porjadke vosstanovleniya ugovnykh i grazhdanskikh del, po kotorym proizvodstvo utrachenno v svyazi s obstoyatelstvami voennogo vremeni» [The order of the National commissioner of justice of the USSR and the Prosecutor of the USSR № 35/175 of May 23, 1942. «About an order of restoration of criminal and civil cases on which production is lost in connection with circumstances of wartime»], *Zakonodatelnye i administrativno-pravovye akty voennogo vremeni s 22 marta 1942 g. po 1 maya 1943 g.*, Moscow, 1943, pp. 249–250.
8. Instruksiya z orhanizatsii obliku ta rukhu kryminalnykh provadzen v orhanakh dosudovoho rozsliduvannia Natsionalnoi politsii Ukrainy, zatverdzena nakazom Ministerstva vnutrishnikh sprav Ukrainy vid 14 kvitnia 2016 № 296 [The instruction on the organization of the account and the movement of criminal proceedings in bodies of pre-judicial investigation of National police of Ukraine approved by the order of the Ministry of Internal Affairs of Ukraine of April 14, 2016 № 296], *Ofitsiyni visnyk Ukrainy*, 2016, no. 52, Article 1843.
9. Pro vnesennia zmin do Kryminalnogo protsesualnogo kodeksu Ukrainy (shchodo doderzhannia konstytutsiinykh prav uchasykyv kryminalnogo provadzhennia ta inshykh hromadian v chastyni zbyrannia ta fiksatsii dokaziv, protsesu dokazuvannia ta provedennia slidchykh (rozshukovykh), nehlasnykh (rozshukovykh) dii): proekt Zakonu Ukrainy vid 15 travnia 2015 r. № 2872 [About modification of the Criminal procedural code of Ukraine (concerning respect for constitutional rights of participants of criminal trial and other citizens regarding collecting and fixing of proofs, process of proof and carrying out investigative (search), secret (search) actions): the bill of Ukraine of May 15, 2015 № 2872]. Available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55155.
10. Pro vnesennia zmin do Zakonu Ukrainy «Pro zabezpechennia prav ta svobod hromadian ta pravovyi rezhym na tymchasovo okupovanii terytorii Ukrainy» shchodo mekhanizmu vidnovlennia vtrachenykh materialiv spravy vid 19 zhovtnia 2015 r. № 3343 [About introduction of amendments to the Law of Ukraine «About ensuring the rights and freedoms of citizens and a legal regime in temporarily occupied territory of Ukraine» concerning the mechanism of recovery of the lost case papers of October 19, 2015 № 3343]. Available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56850.
11. Pro vnesennia zmin do deiakykh zakonodavchykh aktiv Ukrainy shchodo posylennia zakhystu prav liudyny u kryminalnomu sudochynstvi vid 21 travnia 2015 r. № 2930 [About introduction of amendments to some acts of Ukraine concerning strengthening of human rights protection in criminal trial of May 21, 2015 № 2930]. Available at: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=55285.
12. Kalnitskiy V. V., Efremova N. P. Vosstanovlenie utrachennykh ugovnykh del [Restoration of the lost criminal cases], Moscow, 2000, 91 p.
13. Grigorev O. G. Osobennosti predyavleniya dlya opoznaniya lyudey v khode predvaritelnogo rassledovaniya [Features of presentation for an identification of people during preliminary investigation]. Available at: <http://cyberleninka.ru/article/n/osobennosti-predyavleniya-dlya-opoznaniya-lyudey-v-hode-predvaritelnogo-rassledovaniya>.
14. Borisenko N. A. Opredelenie predelov vosstanovitel'nogo proizvodstva po utrachennym ugovnym delam [Definition of limits of recovery production on lost to criminal cases], *Borba s prestupnostyu: teoriya i praktika: tezisy dokladov III Mezhdunarodnoy nauch.-prakt. konf. (g. Mogilev, 20 marta 2015 g.)*, Mogilev, 2015, pp. 20–22.

Рекомендовано до друку кафедрою кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Лазукова О. В. Відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження: проблеми правозастосовної практики і перспективи нормативного регулювання

Анотація. У статті досліджується питання щодо нормативно-правової регламентації порядку відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. Аналізується історія розвитку законодавства із зазначеного питання, розкривається зміст і функціональне призначення діяльності з відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження. Акцентується увага на недосконалості положень сучасної законодавчої конструкції.

Пропонується розроблена автором теоретична модель відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження.

Ключові слова: втрачені матеріали кримінального провадження, відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження, антитерористична операція.

Лазукова О. В. Восстановление утраченных материалов уголовного производства: проблемы правоприменительной практики и перспективы нормативного регулирования

Аннотация. В статье исследуется вопрос о нормативно-правовой регламентации порядка восстановления утраченных материалов уголовного производства. Анализируется история развития законодательства по указанному вопросу, раскрывается содержание и функциональное назначение деятельности по восстановлению утраченных материалов уголовного производства. Акцентируется внимание на несовершенстве положений современной законодательной конструкции. Автором предлагается разработанная им теоретическая модель восстановления утраченных материалов уголовного производства.

Ключевые слова: утраченные материалы уголовного производства, восстановление утраченных материалов уголовного производства, антитеррористическая операция.

Lazukova O. Restoration of Lost Materials of Criminal Proceedings: Problems of Law Enforcement Practice and Prospects for Standart Regulation

Annotation. The history of the development of legislation of the order of restoration of lost materials of criminal proceedings is analyzed. Author discloses the content and functional purpose of the activity for the restoration of lost materials of criminal proceedings. In the article has been focused attention on the imperfection of the provisions of the modern legislative constructing. Author suggests the theoretical model developed for the reconstruction of lost materials in criminal proceedings.

Key words: lost materials of criminal proceedings, restoration of lost materials of criminal proceedings, antiterrorist operation.

**ЮВІЛЕЙ
АКАДЕМІКА НАПрН УКРАЇНИ
ОЛЕКСАНДРА МАРКОВИЧА БАНДУРКИ
(до 80-річчя від дня народження)**

Олександр Маркович Бандурка народився 24 квітня 1937 р. у селі Калинівці Городищенського району Київської (нині — Черкаської) області.

У 1958 р. закінчив обліково-економічний факультет Харківського інженерно-економічного інституту, у 1964 р. — Харківський юридичний інститут (нині — Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого), у 1980 р. — Академію МВС СРСР у м. Москва. Працював на металургійному заводі у місті Дніпродзержинську Дніпропетровської області. З 1959 р. — на службі у Міністерстві внутрішніх справ України, де працював слідчим, старшим оперуповноваженим, заступником начальника відділу міліції, начальником відділу міліції, заступником начальника відділу карного розшуку, начальником відділу карного розшуку, начальником Управління карного розшуку, заступником начальника Управління внутрішніх справ, начальником Управління позавідомчої охорони у Дніпропетровській, Полтавській, Житомирській областях. У 1984–1994 рр. очолював Управління внутрішніх справ Харківської області. З 1994 р. по 2003 р. — ректор Національного університету внутрішніх справ Міністерства внутрішніх справ України (нині — Харківський національний університет внутрішніх

справ). Народний депутат України I–IV скликань. З 2002 р. — перший заступник голови Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, з серпня 2006 р. — ректор Київського міжнародного університету, з 2007 р. —



радник-наставник Київського міжнародного університету, голова Науково-консультативної ради Комітету Верховної Ради України з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, з 2010 р. — ректор Харківського національного університету внутрішніх справ, з 2012 р. — радник ректора Харківського національного університету внутрішніх справ.

У 1994 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Заходи адміністративного припинення в діяльності міліції», у 1996 р. — докторську дисертацію на тему «Основи управління в органах внутрішніх справ України: теорія, досвід, шляхи удосконалення».

Вчене звання професора присвоєно у 1994 р. Обраний дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 2000 р.

Напрями наукових досліджень — теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; конституційне право; кримінальне право та кримінологія, кримінально-виконавче

право; оперативно-розшукова діяльність; соціальна психологія, психологія особистості, соціологія та психологія управління. Опублікував понад 300 праць, у тому числі монографій, підручників, навчальних посібників та інших видань, серед яких: «Конфліктологія» (у співавторстві, 1997); «Основи управління в органах внутрішніх справ» (1999); «Україна на зламі тисячоліть» (у співавторстві, 2000); «Слідчий — моя професія» (2000); «Професійна етика працівників органів внутрішніх справ» (2001); «Адміністративний процес» (у співавторстві, 2001); «Логіка» (у співавторстві, 2001); «Оперативно-розшукова діяльність» (2001); «Юридична деонтологія» (у співавторстві, 2002); «Деньги и кредит» (у співавторстві, 2003); «Проблеми соціальної адаптації неповнолітніх» (у співавторстві, 2003); «Інтерпол: міжнародна організація кримінальної поліції» (2003); «Адміністративне право України» (2003); «Адміністративна діяльність міліції» (у співавторстві, 2003, 2004); «Теорія і практика управління органами внутрішніх справ» (2004); «Екстремальна юридична психологія в діяльності персоналу органів внутрішніх справ України» (у співавторстві, 2005); «Психологія натовпу» (2006); «Професіоналізм и лидерство» (у співавторстві, 2006); «Кримінологія» (у співавторстві, 2006); «Папам и мамам о наркотиках и наркоманах. Пособие для родителей» (у співавторстві, 2007); «Юридическая психология» (у співавторстві, 2007); «Психология управления» (у співавторстві, 2007); «Безопасность детей» (2008); «Ваша безопасность» (2008); «Судьба распорядилась» (2008); «Адміністративна діяльність органів внутрішніх справ» (у співавторстві, 2009); «Діяльність транспортної міліції щодо профілактики адміністративних правопорушень у сфері залізничних перевезень» (у співавторстві, 2010); «Протидія злочинності та профілакти-

ка злочинів» (у співавторстві, 2011); «Правовое регулирование иностранных инвестиций» (у співавторстві, 2011); «Податкове право» (у співавторстві, 2011); «Професійна етика працівників міліції» (2011); «Зразки процесуальних документів по кримінальних справах» (2011); «Основи управління в органах внутрішніх справ» (у співавторстві, 2011); «О власти и преступности» (2012); «Поліція в Україні: історико-правове дослідження (початок XVII ст. — 1917 р.)» (у співавторстві, 2012); «Стратегія і тактика протидії злочинності» (у співавторстві, 2012); «Теорія і практика оперативно-розшукової діяльності» (2012); «Поліція в Україні: історико-правове дослідження (початок XVIII ст. — 1917 р.)» (у співавторстві, 2013); «Злочинність в Україні: економіко-кримінологічний аналіз» (у співавторстві, 2013); «Теорія та практика оперативно-розшукової діяльності» (2013); «Оперативно-розшукова компаративістика» (у співавторстві, 2013); «Психология руководителя» (у співавторстві, 2013); «Тисячоліття злочинності в Україні» (2015); «Професійна етика поліцейського» (2016); «Власть толпы» (2017); «Політична кримінологія» (2017).

О. М. Бандурка брав безпосередню участь у розробці й прийнятті історичних актів незалежної України: Декларації про державний суверенітет України, Акта проголошення незалежності України, Конституції України та багатьох законів.

Член спеціалізованої вченої ради у Харківському національному університеті внутрішніх справ.

Під науковим керівництвом Олександра Марковича захищено 66 докторських та 116 кандидатських дисертацій.

Головний редактор збірника наукових праць «Вісник Кримінологічної асоціації України» та член редколегії збірника «Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ». Голова редакційної ради науко-

вих журналів «Європейські перспективи», «Наше право», «Право.ua».

Заслужений юрист України (1993), Заслужений працівник МВС СРСР (1978), нагороджений понад 20 державними нагородами, у тому числі орденом князя Ярослава Мудрого V, IV ступенів (1999, 2012), повний кавалер ордена «За заслуги» (1997, 2002, 2004),

нагороджений Почесною грамотою Кабінету Міністрів України (2002), Почесною грамотою Верховної Ради України (2001), Почесною відзнакою МВС України «Хрест Слави» (1997) тощо.

Почесний громадянин міста Харкова, Харківського та Деградівського районів Харківської області.

Наукова рада і редакційна колегія журналу «Право України» щиро вітають зі славним ювілеєм шановного Олександра Марковича Бандурку та бажають міцного здоров'я, бадьорості, злагоди в усьому, щастя й усіляких життєвих гараздів!

ЮВІЛЕЙ ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА НАПРН УКРАЇНИ ВАЛЕРІЯ ВОЛОДИМИРОВИЧА ТІЩЕНКА (до 70-річчя від дня народження)

Валерій Володимирович Тіщенко народився 7 квітня 1947 р. у с. Велика Михайлівка Великомихайлівського району Одеської області. У 1969 р. закінчив юридичний факультет Кишинівського державного університету за спеціальністю «Правознавство». У 1969–1972 рр. навчався в аспірантурі Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова (нині — Одеський національний університет імені І. І. Мечникова). З грудня 1972 р. по червень 1974 р. працював асистентом кафедри криміналістики, а потім — старшим викладачем, з 1978 р. — доцент цієї ж кафедри. З 1991 р. по 1997 р. — завідувач кафедри кримінального процесу і криміналістики Юридичного інституту цього Університету. З 1998 р. і дотепер — завідувач кафедри криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія».

Дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Расследование хищений продукции полеводства в колхозах и совхозах» Валерій Володимирович захистив у 1973 р. Вчене звання доцента присуджено в 1981 р. У 2003 р. захистив дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Концептуальні основи розслідування корисливо-насильницьких злочинів».

Вчене звання професора присвоєно у 2004 р. Обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України

(нині — Національна академія правових наук України) у 2010 р.

Напрями наукових досліджень — теоретичні проблеми криміналістики, оптимізація досудового розслідування, криміналістична методика розслідування злочинів. Автор понад 200 наукових праць, серед яких:

«Корыстно-насильственные преступления: криминалистический анализ» (2002); «Теоретичні і практичні основи методики розслідування злочинів» (2007); «Расследование тяжких преступлений» (2008); «Система криминалистики: история и современное состояние» (2008); «Кримінально-процесуальний кодекс України. Науково-



практичний коментар» (у співавторстві, 2011); «Теоретичні засади формування технологічного підходу в криміналістиці» (у співавторстві, 2012); «Теоретичні та практичні проблеми методики і тактики розслідування злочинів» (у співавторстві, 2012) та ін. Очолював авторський колектив підручника «Криміналістика», підготовленого на кафедрі криміналістики Національного університету «Одеська юридична академія» (2017).

В. В. Тіщенко брав участь у робочих групах з розробки Кримінально-процесуального кодексу України, у проведенні експертизи законів України «Про судову експертизу», «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», «Про адвокатуру».

Входить до Спеціалізованої вченої ради Національного університету «Одеська юридична академія». Член редколегій, зокрема, таких видань, як «Наукові праці Одеської національної юридичної академії», «Актуальні проблеми держави і права» та ін. Підготував 14 кандидатів юридичних наук.

Заслужений діяч науки і техніки України (2012). Нагороджений Почесною грамотою Міністерства освіти і науки України (1984), знаком «Відмінник освіти України» (1997).

Наукова рада і редакційна колегія журналу «Право України» щиро вітають Валерія Володимировича Тіщенко з ювілеєм та зичать йому гарного здоров'я, творчого натхнення, благополуччя, усіляких гараздів, талановитих і вдячних учнів!

ЮВІЛЕЙ АКАДЕМІКА НАПрН УКРАЇНИ НАТАЛІЇ РАФАЕЛІВНИ МАЛИШЕВОЇ

Наталія Рафаелівна Малишева народилася 25 квітня 1952 р. у м. Києві.

У 1974 р. закінчила Київський державний університет ім. Т. Г. Шевченка (нині — Київський національний університет імені Тараса Шевченка). Відтоді працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України на посадах стажиста-дослідника, молодшого наукового співробітника (з 1975 р.), старшого наукового співробітника (з 1984 р.), провідного наукового співробітника (з 1995 р.), завідувача відділу (з 2011 р.). Нині очолює відділ проблем аграрного, земельного, екологічного та космічного права. Одночасно з 1998 р. — заступник директора Міжнародного центру космічного права при цьому ж Інституті. Багато років була професором екологічного права Київського університету права НАН України та його Рівненського відділення.

У 1981 р. Н. Р. Малишева захистила дисертацію на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Охорона навколишнього середовища від шумового впливу (правові та організаційні питання)», у 1996 р. — дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук на тему «Гармонізація екологічного законодавства в Європі». Науковий ступінь доктора юридичних наук присуджено у 1996 р. Вчене звання професора присвоєно у 2001 р. У 2000 р. обрана членом-кореспондентом, а у 2008 р. — дійсним членом (академіком) Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук

України). Член-кореспондент Міжнародної академії астронавтики.

Напрями наукової діяльності — національне та міжнародне екологічне право, національне та міжнародне космічне право, європейське право. Опублікувала понад 500 наукових праць, серед яких: монографії «Охрана окружающей среды от шумового воздействия (правовые и организационные вопросы)» (1981); «Гармонизация экологического законодательства в Европе» (1996); «Законодавство: проблеми ефективності» (у співавторстві, 1995); «Економіко-правові питання екології» (у співавторстві, 1996); «Собственность граждан» (у співавторстві, 1997); «Біорізноманіття Карпатського біосферного заповідника» (у співавторстві, 1997); «Екологічний контроль: питання теорії та практики» (у співавторстві, 1999); «Судовий захист екологічних прав громадян» (у співавторстві, 2001); «Правові засади впровадження в Україні Конвенції про біорізноманіття» (2003); «Нариси з космічного права» (2010); «Зміцнення фінансової стійкості природоохоронних територій України» (у співавторстві, 2011); «Космические путешествия» (у співавторстві, 2012); «Політика енергоефективного розвитку в контексті зміни клімату» (у співавторстві, 2014); колективні підручники: «Земельне право» (2001); «Екологічне право України» (2001); «Заповідна справа в Україні» (2003); «Екологічне право України: Академічний курс» (2005, 2008); численні коментарі законодавства.



Низка наукових праць Н. Р. Малишевою опублікована у складі міжнародних творчих колективів і видана у провідних зарубіжних виданнях. Це, зокрема, колективні монографії «*National Regulation of Space Activities*». — *Springer Science+Business Media B.V, 2010 (in English)*; «*Cologne Commentary on Space Law (in three volumes). Volume II «The 1975 Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space (REG)» — Cologne, 2013 (in English)*, «Аналіз і пілотаж публічної політики» (спільно з науковцями із Франції, Бельгії та Швейцарії, 2010).

Наталія Рафаелівна брала участь у розробленні проектів законів України «Про охорону навколишнього природного середовища», «Про охорону атмосферного повітря», «Про природно-заповідний фонд України», «Про відходи», «Про мисливське господарство та полювання», «Про питну воду та питне водопостачання», «Про екологічний аудит», Водного кодексу України та ін.

Як правовий експерт бере участь у міжнародній правотворчості. Є експертом Організації Об'єднаних Націй з питань освіти в галузі космічного права, експертом ЮНЕСКО з етичних питань, пов'язаних зі зміною клімату. Неодноразово представляла Україну в міжнародних організаціях, зокрема, системи ООН: у 1989 р. — у Комітеті

ООН з цивільної відповідальності за ядерну шкоду; з 2000 р. і дотепер — у Комітеті ООН з мирного використання космічного простору та його Юридичному підкомітеті.

Наталія Рафаелівна Малишева також брала участь у численних міжнародних, зокрема європейських, проєктах. З 2013 по 2016 роки очолювала напрям «Правові та політичні аспекти активного видалення космічного сміття» у європейсько-українському проєкті *LEOSWEEP* «Зміцнення безпеки на низькій навколосемній орбіті з розширеною електричною установкою» (за Програмою ЄС FP7 — КОСМОС — 2013, запит до теми SPA — 2013.3.2-01).

Заслужений юрист України (1992). Лауреат Державної премії в галузі науки і техніки (2005). Нагороджена Почесною грамотою Верховної Ради України (2009), премією АН України імені Д. З. Мануїльського (1991), першою премією Спілки юристів України за номінацією «Краща монографічна робота з правових дисциплін» (2002), премією Святого Володимира за кращу наукову роботу (2016), першою премією Міжнародної академії астронавтики за кращу наукову роботу в галузі космічної діяльності (2011). Почесний професор права Університету Пуатьє (Франція).

Наукова рада і редакційна колегія журналу «Право України» щиро вітають з ювілеєм шановну Наталію Рафаелівну Малишеву та бажають доброго здоров'я, благополуччя, творчої наснаги у професійній діяльності, здійснення всіх задумів і сподівань!

ЮВІЛЕЙ ЧЛЕНА-КОРЕСПОНДЕНТА НАПРН УКРАЇНИ МИХАЙЛА ВСЕВОЛОДОВИЧА БУРОМЕНСЬКОГО (до 60-річчя від дня народження)

Михайло Всеволодович Буromoнський — провідний український науковець-юрист, відомий громадський діяч, професор, доктор юридичних наук, член-кореспондент Національної академії правових наук України. Він народився 6 квітня 1957 р. У 1981 р. закінчив Харківський юридичний інститут (нині — Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Університет) за спеціальністю «Правознавство». Після закінчення аспірантури під науковим керівництвом професора М. В. Яновського (1981–1984) захистив кандидатську дисертацію на тему «Міжнародний механізм переговорів про роззброєння (міжнародно-правові аспекти)» і почав працювати асистентом, доцентом. У 1998 р. захистив докторську дисертацію на тему «Вплив міжнародного права на політичні режими держав»; обіймав посади професора, завідувача кафедри міжнародного права Університету. З 2016 р. працює професором кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка.

Обраний членом-кореспондентом Академії правових наук України (нині — Національна академія правових наук України) у 2002 р.

Основні напрями наукових досліджень професора М. В. Буromoнського — міжнародно-правове співробітництво у сфері прав людини, співвідношення міжнародного і національ-

ного права, міжнародне співробітництво у боротьбі зі злочинністю та міжнародне кримінальне право, правові питання міжнародної безпеки, історія міжнародних відносин. Автор понад 170 монографій, підручників, навчальних посібників, наукових статей, аналітичних звітів.



У сфері теорії він є прихильником природного походження міжнародного права. Міжнародно-правовий звичай і є, на його думку, першоджерелом міжнародного права. Тому об'єктивно в основі міжнародного права лежать «відносини, що виникають природно та породжують ті чи інші правила поведінки, за якими визнають юридичну обов'язковість». Звідси

міжнародні договори поділяються на «правові» та «контрактні». У перших «фіксують факт існування певної загальної правової норми», здебільшого — природно-правових норм. Контракти, навпаки, «створюються» на підставі узгодження позицій суб'єктів. Тому вони містять скоріше «не норми міжнародного права, а міжнародно-правові публічні зобов'язання». Загальні принципи права за змістом ст. 38 Статуту Міжнародного Суду М. В. Буromoнський розглядає як «первинні правові смисли, на підставі яких виникло і існує право як явище, у тому числі й міжнародне. Існування права без них неможливо уявити». Вони охоплюють не лише юридичні вчинки або логічні правила, а й саму внутрішню культуру права та правозастосування».

У питаннях співвідношення міжнародного та внутрішнього права М. В. Буроменський послідовно відстоює концепцію «синтезу теорій дуалізму та примату міжнародного права». При цьому він залишається прибічником «доктрини єдності права як соціокультурного явища, що породжує єдиний в своїй основі правопорядок, який <...> складається з відносно самостійних міжнародного та внутрішнього правопорядків». Ці правопорядки взаємодіють, внаслідок чого виникають сфери спільного правового регулювання «із безсумнівним приматом міжнародного права».

Михайлу Всеволодовичу належить низка статей про особливості імплементації в Україні норм міжнародного права. Зокрема, він першим порушив питання про правові підстави застосування в Україні міжнародно-правових звичаєвих норм.

М. В. Буроменський є засновником в українській науці міжнародного права вчення про соціально-політичні експансії. Зміст вчення полягає в існуванні «неминучого і значною мірою спонтанного процесу проникнення елементів міжнародно-правового регулювання у сферу функціонування політичних режимів держав» на тлі постійного звуження сфери їх виключної внутрішньої компетенції. У межах цієї теорії він активно розвиває концепцію «демократичної інтервенції», розглядаючи сучасне міжнародне право у ролі «найважливішого інструменту демократизації політичних режимів на підставі міжнародно-правових стандартів внутрідержавної політичної демократії». Основні положення вчення про соціально-політичні експансії викладено в його монографії «Влияние международного права на политические режимы государств» (1997 р.).

Михайло Всеволодович Буроменський є відомим дослідником причин та умов початку Другої світової війни крізь призму концепції соціально-

політичної експансії. Ці праці доводять небезпеку тоталітаризму будь-якого «кольору» для збереження міжнародного миру та безпеки. Перші його праці з цього приводу з'явилися всередині 80-х років без будь-якої перспективи бути надрукованими в СРСР. Це стало можливим лише у 1991 р. («Август 1939: поворот, которого не было»).

Помітне місце в дослідженнях М. В. Буроменського посідає питання міжнародно-правового захисту прав людини. За його безпосередньої участі відбувалася діагностика українського законодавства на відповідність Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у 1997 та 2000 роках (*Compatibility of Ukrainian Law and Practice with the Requirements of the European Convention on Human Rights (Articles 3, 5, 6, 10, 13 and 1 and 3 of Protocol No 1)*). Він також був серед авторів першого українського шкільного підручника з прав людини («Права людини», для 10–11 класів ліцеїв та гімназій, 1997). Йому належить низка ґрунтовних досліджень правового статусу біженців, а також підручники за цією тематикою. У 2002 р. був запрошений у Грузію для читання лекцій з прав людини для адвокатів. Як правовий експерт Організації Об'єднаних Націй з прав людини брав участь у діяльності Місії ООН в Грузії (Абхазії) — *UNOMIG* (2000).

Є автором низки ґрунтовних досліджень з питань міжнародного співробітництва у боротьбі зі злочинністю та з особливостей імплементації таких міжнародних договорів в Україні. Серед них помітне місце посідають дослідження про корупцію, міжнародно-правові засоби її запобігання та про стан корупції в Україні, результати яких, починаючи з 2005 р., було покладено в основу реформування антикорупційного законодавства держави.

Під керівництвом Михайла Всеволодовича відбулися становлення та розквіт наукової школи міжнародного

права в Університеті, підвалини якої закладали його вчителі — професори М. В. Яновський і В. С. Семенов. Під його науковим керівництвом було захищено одну докторську і близько 30 кандидатських дисертацій, а його учні стали основою наукового та викладацького колективу цієї кафедри — сьогодні однієї з провідних у нашій державі та добре відомої за межами України.

Громадська діяльність М. В. Буроменського пов'язана з активною участю у підготовці змін до Конституції України (член Конституційної Комісії при Президентові України, 2015 р.), а також у підготовці низки законопроектів, що мали суттєве значення для реформи законодавства після проголошення Україною незалежності. Він є членом Національної ради з питань антикорупційної політики при Президентові України (з 2015 р.). З липня 2009 р. по квітень 2013 р. виконував обов'язки судді *ad hoc* Європейського

суду з прав людини, в тому числі у 2009–2010 рр. за відсутності постійного судді від України виконував їх постійно. Член Спеціальної *ad hoc* групи з питань навігаційно-гідрографічного забезпечення мореплавства на переговорах України та Російської Федерації (2007–2010). Член постійної делегації України до Групи держав Ради Європи проти корупції — GRECO (2006–2013), а з 2016 р. — голова української делегації для участі в роботі в цій поважній міжнародній організації.

Лауреат IV Всеукраїнського конкурсу на краще юридичне видання 2000–2001 та 2005 років (номінація «Юридичні підручники»). Переможець конкурсу 2004 р. на кращу публікацію про адвокатуру.

Нагороджений Почесною грамотою Міністерства закордонних справ України (2009); Почесною відзнакою МЗС України III ступеня (2009).

Наукова рада та редакційна колегія журналу «Право України» щиро вітають шановного Михайла Всеволодовича Буроменського з ювілеєм та бажають міцного здоров'я, благополуччя, наснаги на життєвому шляху, подальшої плідної праці, нових ідей та успіхів у здійсненні усіх планів!

ЮВІЛЕЙ ПРОФЕСОРА ІГОРЯ БОРИСОВИЧА УСЕНКА (до 60-річчя від дня народження і 35-річчя науково-педагогічної діяльності)

Випускник Київського державного університету ім. Т. Г. Шевченка (нині – Київський національний університет імені Тараса Шевченка), Ігор Борисович Усенко з 1982 р. і дотепер працює в Інституті держави і права ім. В. М. Корецького НАН України (Інститут), де пройшов шлях від аспіранта до завідувача відділу Інституту, що під його керівництвом став центром історико-правових досліджень.

За час багаторічної дослідницької роботи опублікував близько 1 000 наукових праць, у тому числі понад 30 індивідуальних і колективних монографій, є відповідальним редактором близько 30 наукових праць із проблем історії держави і права та методологічного забезпечення науки й освіти. Серед них, зокрема: «Первая кодификация законодательства Украинской ССР» (1989); «Юридична наука і освіта в Україні» (1992); «Правовий статус Академії наук України (історія та сучасність)» (1993, 2013 р. до 95-річчя утворення НАН України вийшло нове перероблене видання цієї книги); «Основи правознавства» (1997, друге видання, перероблене, перекладене російською, румунською та угорською мовами, 2002); «Академічна юридична думка» (1998); «Конституція України і основи правознавства в школі: книга для вчителя» (1999); «Правова ідеологія і право України на етапі становлення тоталітарного режиму. 1929–1941» (2001); «Правовий звичай як джерело

українського права IX–XIX ст.» (2006); «Василенко Микола Прокопович. Вибрані твори у трьох томах» (2006–2008); «Судова влада в Україні: історичні витоки, закономірності, особливості розвитку» (2014) та ін.

Одночасно з напруженою і плідною роботою в Інституті Ігор Борисович реалізує свій талант педагога. За сумісництвом працював вчителем правознавства Київської гімназії № 117 (1991–2004 рр.), професором кафедри теорії та історії держави і права Національної академії Служби безпеки України (з 1992 р.), завідувачем кафедри теорії та історії держави і права Київського університету права (1997–2009 рр.). Співпрацює з Малою академією наук України – загальнодержавним науково-освітнім проектом з організації та координації науково-дослідницької діяльності учнів. Під його керівництвом захистили дисертації 21 науковець.

Окремо слід відзначити активну участь Ігоря Борисовича у провідних юридичних енциклопедичних виданнях України та виданнях, які репрезентують правову думку протягом всієї історії української державності. Він член редколегії та автор близько 200 статей до «Юридичної енциклопедії» (томи 1–6, 1998–2004). Відповідальний секретар редколегії і провідний автор-упорядник 10-томного видання «Антологія української юридичної думки» (2002–2005), член редколегій



«Великого юридичного енциклопедичного словника» (2007, 2012), «Політологічного енциклопедичного словника» (2004), «Енциклопедії міжнародного права» (2014–2017, видання продовжується) тощо. Один із авторів і науково-редакційний консультант низки томів «Енциклопедії історії України» (2003–2013), автор статей та науковий редактор відділу «Право» «Енциклопедії сучасної України» (2001–2016, видання продовжується). Автор великої кількості статей та член редколегії перших двох томів «Історія держави і права України» (2016) і «Філософія права» (2017), започаткованого Національною академією правових наук 20-томного видання «Велика українська юридична енциклопедія».

Характерними рисами наукових праць І. Б. Усенка є досконале знання джерел, ґрунтовність, глибина юридичного аналізу, новизна досліджуваних проблем. Праці вченого є вагомим внеском у розвиток юридичної науки, й одержали високу оцінку наукової громадськості в Україні та за її межами, мають високий індекс цитування, а створена ним академічна історико-правова школа — високий авторитет не лише в Україні.

Науковець бере активну участь у підготовці законів, здійснює науково-правову експертизу багатьох законопроектів.

За багаторічну наукову, педагогічну і практичну діяльність вченого відзначено Почесною грамотою Верховної Ради України за особливі заслуги перед українським народом (2004), Почесною грамотою Президії НАН України, нагороджено вищими відомчими відзнаками Міністерства освіти і науки України,

Міністерства юстиції України та Державного комітету архівів України, багатьма відзнаками інших міністерств, відомств і громадських організацій України.

І. Б. Усенко є лауреатом Державної премії України в галузі науки і техніки (2004), лауреатом Премії ім. М. П. Василенка НАН України (1992 р.) та Премії імені Ярослава Мудрого НАПрН України (2005), декількох конкурсів Спілки юристів України на краще юридичне видання року, Всеукраїнського конкурсу на краще професійне досягнення «Юрист року 2001» у номінації «Юрист — науковий співробітник».

Ігор Борисович проводить активну науково-організаційну та плідну громадську діяльність.

Зокрема, він є членом Наукової ради з координації фундаментальних правових досліджень НАН України. Унікальною за масштабом і потужністю на східно-європейському просторі є Міжнародна асоціація істориків права, яка об'єднує провідних істориків права України, Польщі, Словаччини, Угорщини, співзасновником та Першим Віцепрезидентом якої є І. Б. Усенко. Організація протягом понад 10-ти років щорічно проводить щонайменше два великі наукові міжнародні форуми за участю провідних українських та іноземних фахівців.

У своїй науковій і громадській діяльності науковець відзначається громадянською позицією, заснованою на принципах людяності, патріотизму, вдумливого та дбайливого ставлення до історичного досвіду, новаторськими підходами у дослідженнях.

Колеги та учні щиро вітають Ігоря Борисовича з ювілеєм, зичать йому міцного здоров'я на довгі роки, добробуту, подальших творчих успіхів і натхнення!

Наукова рада і редакційна колегія журналу «Право України» приєднуються до побажань та висловлюють щиросердечні вітання шановному ювіляру.

**ЗАХОПЛЮЮЧИЙ ТВІР
ПРО ЖИТТЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ
Г. ЛАУТЕРПАХТА І Р. ЛЕМКІНА —
ФУНДАТОРІВ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА
ПРАВ ЛЮДИНИ,
ВИПУСКНИКІВ ЛЬВІВСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ**

П. РАБІНОВИЧ

*доктор юридичних наук,
академік НАПрН України,
професор кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

С. ДОБРЯНСЬКИЙ

*кандидат юридичних наук,
доцент кафедри теорії та філософії права
(Львівський національний університет
імені Івана Франка)*

Де кілька років тому одному зі спів-авторів пропонованої рецензії випала приємність познайомитися та спілкуватися у Львові з відомим професором міжнародного права Лондонського університетського коледжу Ф. Сендсом — автором декількох монографій. Як не парадоксально, але саме від нього довелося дізнатися про те, що такий класик міжнародного права, як професор Кембриджського університету (Велика Британія) Г. Лаутерпахт на початку минулого століття (1915–1919 рр.) здобував юридичну освіту у Львівському університеті (Львівський національний університет імені Івана Франка). Та, мабуть, ще більше вразило те, що єдиною причиною перебування Ф. Сендса на Львівщині була його особиста глибинна потреба дістати відпо-

відь на запитання: чому декілька випускників юридичного факультету саме цього університету (Г. Лаутерпахт, Р. Лемкін та ін.) згодом стали одними з ініціаторів радикальних трансформаційних змін у міжнародному праві — насамперед становлення міжнародного права прав людини?

Задля того аби дістати відповідь на це запитання (й оприлюднити її у майбутній книзі), професор Ф. Сендс неодноразово приїжджав на Львівщину, досліджуючи там численні архівні матеріали, відвідуючи місця та заклади, де свого часу відбувалися різноманітні резонансні події, що не могли не впливати, так чи інакше, на формування та розвиток правової свідомості, а згодом і фахової діяльності згаданих правників.

І ось, нарешті, тримаємо в руках очікувану книгу професора Ф. Сендса, яка побачила світ минулого року і втілює результати його тривалого й величезного — можна сказати, пан'європейського — пошуку¹. Тож цілком зрозумілим стало наше бажання проінформувати про цю неординарну працю не лише вітчизняних фахівців-міжнародників, а й широку юридичну громадськість.

Передовсім звернемо увагу на нетривіальну назву рецензованої книги: «Вулиця Схід — Захід. Про джерела геноциду та злочинів проти людяності». Мабуть, автор вдався до такого вислову тому, що її головні герої — Г. Лаутерпахт і Р. Лемкін — після закінчення Львівського університету більшу частину свого життя перебували й творили у країнах, розташованих на захід від Львова: відповідно, у Великій Британії та США. Та все ж початковою точкою відліку їхнього руху на Захід став юридичний факультет цього навчального закладу.

Характеризуючи дещо незвичну для нашого читача методологію проведеного професором Ф. Сендсом наукового пошуку, відзначимо, що основним використаним ним дослідницьким методом є так званий *монографічний*. Останній, як відомо, полягає у тому, що творчість певного діяча (ученого) з'ясовується крізь призму усіх тих конкретно-історичних умов, обставин та дій їх учасників, що вплинули (прямо чи опосередковано) на формування його світогляду, ідеології, професійних позицій. Перевагою такого методу є те, що певне явище вивчається у максимально можливій повноті його зв'язків з усіма іншими явищами, від яких воно, так чи інакше, залежало. І ці зв'язки охарактеризовуються авто-

ром не схематично, не абстрактно, а, так би мовити, «наживо». Водночас не можна не зауважити, що означений метод може й ускладнювати чітке розрізнення з-поміж таких чинників, як закономірні та випадкові. Однак, як би то не було, саме завдяки йому полегшується забезпечення граничної конкретності, достовірності, начебто «фотографічності» в описуванні й інтерпретації предмета дослідження. Адже у реальній життєдіяльності кожної людини, кожної спільноти дія обидвох різновидів чинників неминуче насправді поєднується, пов'язується. То чи не у цьому криється «секрет» неабиякої реалістичності, переконливості оповіді Ф. Сендса?

Отож професору Ф. Сендсу вдалося органічно поєднати у своєму творі елементи детального опису історичних подій, біографічної інформації про дієвих осіб книги, про їх погляди, поведінку, творчість, навіть про побутові обставини життя з авторськими інноваційними аналітичними висновками й оцінками.

На сторінках книги майстерно переплітаються життєві долі численних людей, народів, культур, релігій; одне слово, відкривається широка панорама європейської історії першої половини ХХ ст. — історії складної, суперечливої, нерідко драматичної, але фактично правдивої. Враження читача посилюється використанням у книзі численних унікальних фотоілюстрацій, багато з яких оприлюднено уперше. Загалом цей твір Ф. Сендса читається, так би мовити, на одному диханні — глибоко зацікавлюючи читача.

До беззаперечних наукових переваг книги належить прискіплива характеристика тих соціальних чинників, які

¹ Sands Ph. East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity. — Weidenfeld & Nicolson, the Orion Publishing Group Ltd, London, 2016. — 464 p.

зумовили поступове формування у Г. Лаутерпахта радикально нових гуманістичних правозахисних уявлень і поглядів. З-поміж таких чинників, зокрема, вирізняються:

- етнополітичні та державно-правові особливості того соціального середовища у Східній Галичині (поліетнічного, полірелігійного й класово структурованого), у межах якого відбувалося — під час гімназійного та студентського періодів життя Г. Лаутерпахта — формування його правових поглядів. А середовище це було, м'яко кажучи, не безконфліктним, а подекуди й дискримінаційним (особливо ж у 1918–1919 рр.);

- навчальні контакти Г. Лаутерпахта з такими гуманістично налаштованими викладачами юридичного факультету Львівського університету, як польські професори Ю. Макаревич та Л. де Берье, а згодом також із австрійським професором Віденського університету Г. Кельзенем. У 1921 р. Г. Кельзен вперше ознайомив Г. Лаутерпахта зі своєю ідеєю про надання людині можливості скаржитися на порушення її прав до національного конституційного суду;

- доленосні міжнародно-правові події, що відбулися після завершення Першої світової війни (зокрема, укладення з Польщею так званої Малої Версальської угоди про захист національних меншин, в якій вперше в історії була передбачена для них можливість скаржитися на порушення їхніх прав до певної інституції Ліги Націй);

- утиснення та дискримінація національних меншин у Польській державі у 20-х роках, а пізніше — варварські акції німецької окупаційної влади у 30–40-х роках минулого століття;

- дії та рішення під час Другої світової війни держав антигітлерівської коаліції та ініційованої ними Організації Об'єднаних Націй (далі — ООН), дискусії й співпраця Г. Лаутерпахта з деякими провідними державно-юридичними посадовцями США та Англії, декотрі з яких у 1945 р. брали участь у проектуванні, а потім й у застосовуванні Статуту Нюрнберзького військового трибуналу.

На окрему увагу заслуговує висвітлення у книзі Ф. Сендса тих міжнародно-правових чинників (певних інституцій, їхніх актів, заходів), котрі послугували, так би мовити, камінцями, що закладали й зміцнювали фундамент правозахисного світогляду Г. Лаутерпахта.

Не можна виключати й того, що Г. Лаутерпахту ставали відомими, так чи інакше, й деякі доктринальні публікації, а також документи неурядових організацій, у яких ще у 20–30-х роках минулого століття висувалися й обґрунтовувалися пропозиції щодо розробки та ухвалення міжнародних актів про невід'ємні права людини та про їх захист і навіть перші проекти таких актів¹.

Як наслідок, перед читачем розгортається широке, можна сказати, епічно-історичне багатоаспектне історичне полотно праволюдннно-захисного спрямування, на тлі якого розвивався і набував практичного значення правовий світогляд Г. Лаутерпахта. Таке значення проявилось насамперед у тому, що опублікована у червні 1945 р. його книга «Міжнародний білль прав людини» (у якій були викладені авторські проекти самого такого Білля і спеціального органу ООН з контролю за дотриманням цього акта), котра — як згодом виявив і документально підтвердив

¹ *Burgers J.* The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century // *Human Rights Quarterly.* — 1992. — Vol. 14. — № 4. — Pp. 447–477.

В. Буткевич — через два роки була роздана членам очолюваної Е. Рузвельт робочої групи (комітету) Комісії ООН з прав людини, котрій було доручено підготувати проект «Міжнародного білля прав людини» (пізніше названо-го ООН «Загальна Декларація прав людини»).

Однак ще й на сьогодні такі заслуги професора Г. Лаутерпахта, на жаль, не оцінені належним чином. І саме нинішня книга Ф. Сендса становить, можливо, найвагоміший унікальний внесок у відновлення науково-історичної пам'яті та справедливості стосовно характеристики процесу формування міжнародного права прав людини та гідної оцінки внеску у нього двох згаданих випускників Львівського університету 20-х років минулого століття.

Одну із частин рецензованої книги присвячено життю і творчості не менш колоритного науковця і діяча — Р. Лемкіна (який повну юридичну освіту здобув теж у Львівському університеті в 1921–1926 рр.). Він став автором першої в історії людства концепції злочину «геноцид» й основним спів-автором Конвенції ООН про заборону цього злочину і встановлення відповідальності за його вчинення. (До речі, цей документ було ухвалено Генеральною Асамблеєю ООН навіть на день раніше, ніж Загальну декларацію прав людини, — 9 грудня 1948 р.) І цю тематику професор Ф. Сендс аналізує та висвітлює з тієї ж методологічної позиції, у такому ж «ключі», стилі, як і матеріал щодо Г. Лаутерпахта. Втім, з огляду на обмеженість обсягу нашої рецензії, дозволимо собі не відтворювати у ній відповідний фрагмент книги Ф. Сендса, — зокрема, зважаючи на те, що у 2014 р. у Львівському національному університеті імені Івана Франка М. Бемом була завершена і згодом у спецраді Одеської націо-

нальної юридичної академії захищена (за спеціальністю 12.00.12) ґрунтовна кандидатська дисертація про міжнародно-правові погляди та діяльність Р. Лемкіна.

Автор рецензованої книги слушно резюмує, що Г. Лаутерпахт та Р. Лемкін, працюючи «паралельно» в один історичний час, нерідко гостро дискутуючи між собою з приводу їхніх концепцій, назавжди золотими літерами вписали свої імена в історію світової міжнародної юриспруденції. Їхні ідеї отримали всесвітнє визнання: концепції геноциду та злочинів проти людства розвивалися пліч-о-пліч як зв'язок, який неминуче пов'язує індивіда та групу (с. 378). І тепер, коли під егідою ООН утворено постійний Міжнародний кримінальний суд з повноваженнями ухвалювати рішення у справах як щодо злочинів геноциду, так і злочинів проти людства, можна належною мірою оцінити, який фундаментальний внесок у розвиток сучасного міжнародного права зробили Г. Лаутерпахт та Р. Лемкін — опоненти за життя, соратники після смерті.

На закінчення зазначимо, що оцінки та висновки професора Ф. Сендса, котрі містяться у рецензованій книзі, заслуговують на особливу достовірність ще й тому, що їх автор займається не тільки виключно науковими дослідженнями, а й неодноразово брав участь у міжнародно-правовому судовому правозахисті (зокрема, у розгляді справи Піночета, а також справ про військові злочини, вчинені у Конго, Югославії, Руанді, Іраку, Гватемалі). Отож, він мав нагоду на практиці, так би мовити, пропустити крізь себе, крізь свою особистість певні ідеї Г. Лаутерпахта і Р. Лемкіна, що дістали втілення у відповідних міжнародно-правових актах, застосовуваних у таких судових процесах.

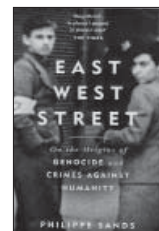
Підсумовуючи, констатуємо, що завдяки книзі професора Ф. Сендса її читачі отримають можливість ознайомитися з унікальною інформацією про роль Г. Лаутерпахта і Р. Лемкіна у розбудову міжнародно-правових засобів боротьби з порушеннями прав людей

та певних їх груп. Тож є цілком законним, що нині видання цієї книги очікується щонайменше ще у 10 (!) країнах світу, включно з Україною. Адже цей твір слугуватиме і нинішньому, і майбутнім поколінням джерелом справді нових знань.

Пропонується видання:

Sands Ph. East West Street. On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity. – Weidenfeld & Nicolson, the Orion Publishing Group Ltd, London, 2016. – 464 p.

Книга відомого англійського юриста-міжнародника, професора Лондонського університетського коледжу Філіпа Сендса присвячена дослідженню життєдіяльності фундаторів сучасного міжнародного права прав людини – Герша Лаутерпахта та Рафаля Лемкіна, які у 20-х роках минулого століття здобули юридичну освіту у Львівському університеті. Аналізуються конкретно-історичні причини та обставини, що вплинули на формування та реалізацію гуманістичного правозахисного світогляду цих учених, а також їхній унікальний внесок у проектування міжнародних актів та інституцій із захисту прав людини.



НОВІ АКЦЕНТИ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ У СФЕРІ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ: ВИМОГА СУЧАСНОСТІ

Н. САВІНОВА

*доктор юридичних наук,
старший науковий співробітник,
керівник наукового центру
інформаційно-правових проблем національної безпеки
(Науково-дослідний інститут інформатики і права
НАІПрН України)*

Монографічне дослідження Олега Анатолійовича Чувакова «Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики»¹ присвячене актуальній як з точки зору кримінально-правової науки та кримінології, так і практики кримінально-правової охорони основ національної безпеки України.

Правове забезпечення національної безпеки є запорукою життєздатності сучасного українського суспільства. Важливість вирішення проблем забезпечення національної безпеки відображається у науково-теоретичних дослідженнях і вимагає реалізації на практиці — на рівні законодавства та на всіх рівнях безпеки, що має бути гарантією сталого розвитку державності нашої Батьківщини.

Об'єктивна дійсність зміни суспільних відносин характеризується глобальним зростанням науково-технічного прогресу, стрімким розвитком гуманітарних і природничих наук, збільшенням політичної активності соціуму. Невідповідність правової оцінки реальному рівню загроз та попередженню у суспільстві сприяє переростанню їх у впливи на національну безпеку, безпеку суспільства та людини як зсередини,

так і ззовні держави. Недооцінка державами загострення різних суперечностей у світовому масштабі створює значну кількість політичних, соціальних, ідеологічних, економічних та екологічних проблем, що безпосередньо відображаються у соціумі крихкістю й уразливістю нашого буття. У таких умовах проблема створення ефективної системи у сфері охорони безпеки особистості, суспільства і держави є однією з найбільш пріоритетних у більшій частині країн світу, і, зокрема, в сучасній Україні.

Існуюча в нашій державі соціально-правова криза невідповідності правової системи новим викликам небезпек у сукупності щодня робить все більш уразливою національну безпеку держави. Деякі явища формують ситуацію, за якої державні механізми не в змозі забезпечити гідний рівень життя для більшості свого населення, перебороти соціальну поляризацію суспільства, що може призвести до серйозних наслідків, створить ризик втрати міжнародного авторитету, а можливість сталого розвитку систем усередині держави зводить нанівець. Такі процеси у своїй сукупності перешкоджають вирішенню проблем, пов'язаних із забезпеченням безпеки особистості і суспільства в державі.

¹ Чуваков О. А. Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики : монографія / О. А. Чуваков ; відп. ред. О. М. Костенко. — Одеса : Фенікс, 2017. — 362 с.

Актуальність питань ефективного забезпечення національної безпеки в сучасний період настільки значуща, що проблема їх кардинального вирішення неможлива без комплексної глибинної аргументації. Водночас проблеми забезпечення національної безпеки є переважно предметом багатьох політичних суперечок, наукових дискусій, однак мають доволі безсистемний характер і не підкріплюються на доктринальному рівні належними теоретичними дослідженнями.

Питання практики забезпечення національної безпеки в Україні до сьогодні мали хоч і системний, але певним чином незавершений характер.

Проблемі національної безпеки України увага на державному рівні приділялася. Так, у результаті докладних обговорень, вагомої підготовчої роботи 19 червня 2003 р. був прийнятий Закон України «Про основи національної безпеки України», який містив основні положення, необхідні для створення і функціонування сучасної системи безпеки. На подібній законодавчій основі на тривалу перспективу можна було орієнтувати законодавчу базу діяльності державних структур, громадських об'єднань і громадян держави у сфері забезпечення національної безпеки України.

Утім, одну з основних функцій у забезпеченні такої безпеки мали виконувати необхідні й очікувані нормативно-правові приписи, закріплені в розділі 1 Особливої частини Кримінального кодексу України (далі — КК України), що передбачає склади злочинів, якими криміналізовані суспільно небезпечні посягання на основи національної безпеки України.

Водночас, як доводить практика останніх років, саме посягання на основи національної безпеки стали наріжним каменем демонстрації неефективності кримінальної відповідальності за злочини проти державного суверенітету, територіальної цілісності, консти-

туційного ладу та інших діянь, внаслідок неможливості належного застосування необхідних до застосування у такому випадку положень КК України.

Таким чином, питання ефективної протидії злочинам проти основ національної безпеки України є вкрай актуальними саме на сучасному етапі розвитку нашої державності, світових трансформацій та геополітичних перетворень в Євразії. Вдосконалення та належне застосування положень, що ними передбачена відповідальність за злочини проти основ національної безпеки, має надважливе стратегічне, у тому числі, превентивне значення для нашої держави.

У зв'язку з цим монографію кандидата юридичних наук О. Чувакова «Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики», безумовно, слід визнати актуальною і своєчасною.

Наукове дослідження значною мірою відображає цілу низку злободенних проблем теорії і практики кримінально-правової охорони основ національної безпеки України, заповнює прогалини в наукових дослідженнях з проблем протидії державним злочинам і вносить дуже цінні пропозиції для вітчизняної кримінально-правової науки. Адже позитивними рисами дослідження є не лише пошуковий характер проблем, що ставилися і розглядалися, а й принципова орієнтація автора на положення Закону України «Про основи національної безпеки України», а також пропозиції з удосконалення чинного кримінального законодавства на міцній науковій основі та відповідно до вимог Конституції України.

Заслуговує на увагу архітектура дослідження, логіка побудови його структурних частин й аргументованість висновків. Структурно монографія складається із вступу, чотирьох розділів, розділених на підрозділи.

Особливий інтерес становить перший розділ дослідження, присвячений актуальним теоретико-методологічним проблемам сутності та змісту категорій «безпека» — «національна безпека». Зокрема, автор глибоко аналізує методологічні підходи в дослідженні проблем формування і забезпечення національної безпеки загалом і в умовах модернізації сучасної української державності зокрема, розкриває особливості політико-правової природи національної безпеки, висвітлює її розуміння як юридичної категорії і соціально-політичної реалії. Цікавим і дуже цінним є авторський підхід у дослідженні проблем теорії походження концепцій безпеки, що сформувалися у вітчизняній і зарубіжній політико-правовій думці.

Новаторський характер має другий розділ монографії, де автор розглядає генезис злочинів проти основ національної безпеки України, дає понятійну характеристику подібним злочинам у контексті сучасної кримінально-правової доктрини і практики, розкриває основні концептуальні підходи до їх дефініції, акцентує увагу на аналізі правової природи таких посягань. порушується питання про класифікацію злочинів проти основ національної безпеки України, встановлюються основні критерії розподілу їх на окремі види, розкриваються їхні спільні й відмінні риси.

Оригінальні висновки і пропозиції надані в третьому і четвертому розділах дослідження, в яких дослідник аналізує методологічні проблеми встановлення об'єкта і предмета розглянутих злочинів, їхніх об'єктивних і суб'єктивних ознак. Вносяться пропозиції, спрямовані на вдосконалення положень чинного кримінального законодавства, а відповідно, й усунення суперечностей, які виникають, у частині кваліфікації таких злочинів практичними працівниками. У монографії, по суті, вперше у вітчизняній кримінально-

правовій науці розкриваються концептуальні проблеми кваліфікації злочинів проти основ національної безпеки.

Слід зазначити, що автор не обходить гострі чи дискусійні проблеми систематизації, класифікації і кваліфікації розглянутих злочинів: він детально аналізує всі вказані аспекти положень чинного закону про кримінальну відповідальність з урахуванням ідеології та змісту Закону України «Про основи національної безпеки України», виражаючи власне бачення підходів до удосконалення таких положень, ґрунтовно аргументує такі твердження. Зокрема, належну увагу О. Чуваков приділяє проблемі пошуку розумного балансу в наукових дискусіях, що існують у теорії кримінального права, в частині класифікації подібних злочинів, а в результаті такого аналізу пропонує власну класифікацію таких злочинів, сформовану відповідно до чинного безпекоохоронного законодавства.

Рецензоване монографічне дослідження має не лише наукове значення. Видання буде корисне як у навчальному процесі, так і в практичній діяльності фахівців у галузі кримінального права, кримінології, політології, соціології тощо. Дуже важливо, що представлена монографія розрахована на доволі широку аудиторію. Вона може стати в нагоді юристам, політологам, соціологам, фахівцям із державного управління тощо; управлінцям усіх рівнів; безумовно, викладачам і студентам вищих навчальних закладів, а також всім, хто цікавиться процесами кримінально-правової протидії злочинам проти основ національної безпеки України.

Резюмуючи, зазначимо, що рецензована монографія О. Чувакова «Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики» значною мірою є відгуком на кардинальні питання сучасності, рефлексує на динаміку розвитку українського законодавства

у сфері охорони основ національної безпеки України у перехідний період, містить пропозиції щодо необхідності вдосконалення законодавства та організаційних заходів у досліджуваній галузі, забезпечення постійної доктринальної та організаційної уваги до вка-

заної проблеми кримінального права та кримінології.

Тому можна з цілковитою впевненістю стверджувати, що рецензована праця — актуальне, високопрофесійне наукове дослідження, яке є важливим внеском у вітчизняну юридичну науку.

Пропонується монографія:

Чуваков О. А. Злочини проти основ національної безпеки України: проблеми кримінально-правової теорії і практики : монографія / О. А. Чуваков ; відп. ред. О. М. Костенко. — Одеса : Фенікс, 2017. — 362 с.

У монографії висвітлюються концептуальні проблеми теорії і практики кримінально-правової охорони основ національної безпеки України. Аналізуються особливості політико-правової природи національної безпеки, її розуміння як юридичної категорії і соціально-політичної реалії. Показано генезис злочинів проти основ національної безпеки України, їх понятійна характеристика у контексті сучасної кримінально-правової доктрини і практики. Досліджуються основні концептуальні підходи до їх дефініції та аналізу правової природи таких посягань. Порушується питання про класифікацію злочинів проти основ національної безпеки України, встановлюються основні критерії розподілу їх на окремі види, розкриваються їхні загальні й відмінні риси. Аналізуються методологічні проблеми встановлення об'єкта і предмета розглянутих злочинів, їхніх об'єктивних і суб'єктивних ознак. Висвітлюються концептуальні проблеми кваліфікації злочинів проти основ національної безпеки.

Розрахована на науковців, викладачів, аспірантів і студентів юридичних вузів, а також практичних працівників правоохоронних органів.



АКТУАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОКУРАТУРОЮ УКРАЇНИ ПРЕДСТАВНИЦЬКОЇ ФУНКЦІЇ

І. КОЗЬЯКОВ

*доктор юридичних наук, професор,
начальник відділу науково-методичного
забезпечення організації роботи
та управління в органах прокуратури
(Національна академія прокуратури України),
заслужений юрист України*

Монографія М. Стефанчук «Діяльність прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді: проблеми теорії та практики»¹ присвячено надзвичайно актуальній темі — реалізації прокуратурою України представницької функції. Важливість проведеного наукового дослідження обґрунтовується низкою теоретичних і прикладних проблем правового та організаційного характеру, що виникають під час здійснення прокурором представницької функції щодо захисту інтересів громадянина або держави в суді. Адже сьогодні в умовах реформування вітчизняної прокуратури, метою якої є, зокрема, пошук оптимальних за ефективністю та відповідністю вимогам європейських інституцій повноважень прокуратури поза межами кримінальної юстиції, вказану функцію прокуратури суттєво змінено.

Нова організаційно-правова побудова прокуратури певною мірою ускладнюється через брак наявних знань або застосовних методів юридичної науки щодо процесів і механізмів реформування. Проведення реформ постійно супроводжується виникненням нових, діалектично складних теоретичних і практичних питань, які потребують вирішення за допомогою наукових досліджень. У свою чергу, проведення

цих досліджень значно ускладнюється існуванням методологічних проблем. Сьогодні в царині наукових розвідок правової системи України загалом та визначення статусу й функцій української прокуратури зокрема на доктринальному рівні не вироблено чіткої та загальновизнаної теоретичної концепції функціональної діяльності цієї інституції в сучасних умовах. Зазначене повною мірою стосується й представницької функції прокуратури та зумовило предмет монографічного дослідження М. Стефанчук.

Слід зазначити, що теоретичним підґрунтям праці є досить репрезентативна джерельна база з предмета дослідження, яка сформована у результаті опрацювання значної кількості нормативно-правових актів і наукових публікацій, у тому числі зарубіжних авторів.

Структура дослідження побудована таким чином, що повністю охоплює основні питання теорії та практики у сфері діяльності прокуратури щодо реалізації представницької функції.

Монографія складається з логічно та кореляційно структурованих стратегічних і тактичних компонентів дослідження. Імпонує, що в результаті критичного перегляду традиційних підходів загальнонаукової методології та використання сучасних інтегративних тенденцій розвитку юридичної науки

¹ Стефанчук М. М. Діяльність прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді: проблеми теорії та практики : монографія / М. М. Стефанчук. — К.: Ін Юре, 2016. — 500 с.

автором вироблена оригінальна трансдисциплінарна методологія дослідження проблем представницької функції прокуратури.

Увагу передусім привертає визначеність і змістовна наповненість понятійно-категоріального ряду монографії, після якого зазвичай має починатися повноцінне наукове дослідження. Викликає інтерес підхід до формування термінопоняття «функції прокуратури». Під ним автор пропонує розуміти обумовлені історичним і політико-соціальним рівнями розвитку людства напрями впливу прокуратури як окремо визначеної соціально значущої інституції на суспільно-правову систему загалом, свідомість, волю та поведінку учасників цієї системи, зокрема людини, групи людей, суспільства, держави, що мають стійкий та стабільний характер і віднаходять свою реалізацію у юридичній діяльності прокуратури через застосування публічно-правових методів впливу, у результаті чого можуть бути закріплені у відповідних нормативно-правових актах.

Зазначене розуміння поняття та змісту функції у прокурорській діяльності дало авторові можливість повною мірою розкрити різні моделі представництва прокуратурою інтересів громадянина або держави в суді, зокрема, висвітлити світовий досвід у цій сфері та провести паралелі між особливостями закріплення представницької функції прокуратури у правових системах зарубіжних країн та на національному рівні. Крім того, проведено дослідження кращих іноземних практик реалізації представницької функції органів прокуратури у контекстному полі європейських стандартів щодо цієї інституції. Це дало змогу конструктивно визначити додаткові фактори й чинники для інтерпретації та імплементації цих загальних правил, принципів і характеристик, які стосуються представницької функції прокуратури, здійснення прокурорами цієї діяль-

ності та її результатів. Зокрема, це стосується положень рекомендації Rec (2012) 11 Комітету Міністрів Ради Європи країнам-членам щодо ролі прокуратури поза системою кримінальної юстиції. Адже саме цим документом передбачено, що в тих державах, де національна правова система надає прокурорам певні обов'язки і повноваження поза системою кримінальної юстиції, їхня місія полягає у тому, щоб представляти загальні або публічні інтереси, захищати права людини та основоположні свободи і забезпечувати, тим самим, верховенство права.

На позитивну оцінку заслуговують численні положення та висновки, що зроблені в монографії, авторська позиція питання реформування представницької функції прокуратури України в частині визначеності об'єкта її реалізації. Так, відстоюється положення, за якого пропонується перехід від концепції представництва прокуратурою інтересу конкретного суб'єкта-носія до концепції, згідно з якою прокуратура як публічний орган повинна здійснювати юридичну діяльність, що забезпечуватиме представництво єдиного збалансованого публічного інтересу різних суб'єктів, який і повинен стати комплексним об'єктом реалізації цієї функції. Крім того, автором запропоновано правову формулу публічного інтересу як перелік тих основних орієнтовних правових складових, у яких може бути наявним публічний інтерес, що заслуговує на підтримку.

Успішність реформи представницької функції прокуратури залежить від наявності ефективної системи управління її організаційним розвитком. Не випадково у виданні акцентовано увагу на комплексі заходів у царині організації та управління, які спрямовані на здійснення масштабних перетворень у прокурорській системі та супроводжуються створенням нових і вдосконаленням існуючих процесів організаційного управління та прийняття рішень стратегічного

характеру (щодо функцій, компетенції, структури, кадрового складу тощо).

Якщо врахувати законодавчий порядок закріплення функціональних та інституціональних ознак прокуратури як незалежного державного органу; статусу прокурорів, правової процедури реалізації ними своїх повноважень — стає зрозумілим, що створення і реалізація системи управління організаційним розвитком прокуратури є досить складним процесом. З огляду на це, особливої уваги заслуговують висновки, зроблені у результаті ґрунтовного дослідження тектологічних, акмеологічних і праксеологічних засад організації діяльності органів прокуратури України щодо реалізації представницької функції.

Варто акцентувати увагу на тому, що репрезентуючи загальну теорію організації діяльності, праксеологія у процесі наукового пошуку слугувала авторові методологією програмно-концептуального проекту дослідження представницької діяльності прокурора. Зокрема, її положення мали структуроутворююче значення для створення теоретико-методологічних основ концепції єдиної комплексної системи організаційного забезпечення прокурорської діяльності на цьому функціональному напрямі. Застосування акмеологічного підходу, у свою чергу, сприяло вирішенню кон-

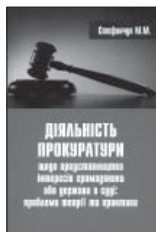
структивних завдань цього правового дослідження — створення системи ефективних правових процедур, інструментів і методичних засобів діагностики та розвитку професійної компетентності, розробці адекватних етичних імперативів і правових стимулів особистісного зростання прокурора. Відтак рецензована праця заслуговує на найвищі оцінки як об'єктивне та достовірне наукове дослідження важливої проблеми, проведене з нових для вітчизняної юриспруденції методологічних позицій.

Загалом наукова праця виконана на високому науково-теоретичному та практичному рівні. Текст її вдало проілюстрований емпіричними матеріалами, зокрема, широко використані матеріали судової та прокурорської практики, що стосуються питань реалізації прокуратурою України представницької функції. Матеріал дослідження відрізняється ґрунтовністю й переконливістю наративу, коректним і витонченим науковим стилем викладу, аргументованістю, логічністю та завершеністю міркувань і висновків.

Рецензоване монографічне дослідження, безсумнівно, може бути корисним не лише вченим і правникам у галузі прокурорської діяльності, а й прокурорам, іншим професійним юристам, усім, хто цікавиться цією проблематикою.

Пропонується монографія:

Стефанчук М. М. Діяльність прокуратури щодо представництва інтересів громадянина або держави в суді: проблеми теорії та практики : монографія / М. М. Стефанчук. — К.: Ін Юре, 2016. — 500 с.



Монографія присвячена дослідженню питань діяльності прокуратури щодо реалізації конституційної функції представництва інтересів громадянина або держави в суді.

У роботі розглядаються поняття та генеза функції представництва, діяльності прокуратури як різновиду юридичної діяльності в контексті реалізації цієї функції, суб'єктів та об'єкта такої діяльності, її підстав, умов і правової сутності. Досліджується світовий досвід у контексті діяльності прокуратури поза сферою кримінальної юстиції та пропонується авторське бачення щодо формування її вітчизняної моделі в умовах реформування прокуратури. Особливу увагу приділено питанням організації такої діяльності — прокурорському менеджменту, зокрема його тектологічним, аксеологічним і праксеологічним засадам.

Видання буде корисне для науковців, працівників органів прокуратури й інших практикуючих юристів, законодавців, наукових і науково-педагогічних працівників, осіб, що здобувають ступені бакалавра, магістра чи доктора філософії, та широкого читачького загалу, якому цікава проблематика діяльності прокуратури.

ДО УВАГИ АВТОРІВ!

1. Статті, що надсилаються до редакції журналу «Право України», відповідно до постанови Президії Вищої атестаційної комісії України № 7–05/1 від 15 січня 2003 р. «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України», повинні містити такі елементи:

- постановка проблеми у загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями;
- аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття;
- формулювання цілей статті (постановка завдання);
- виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів;
- висновки з цього дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

2. Загальний обсяг публікації (назва статті, відомості про автора, текст статті, використані матеріали, анотація, ключові слова) не повинен перевищувати 10–12 сторінок (*Times New Roman*; кегль 14; інтервал 1,5).

Після використаних матеріалів подаються розширені анотації (6–8 речень) та ключові слова трьома мовами (українська, російська, англійська). Анотації мають містити, зокрема: прізвище та ім'я автора, назву статті.

3. До статей аспірантів, ад'юнктів і здобувачів наукового ступеня мають додаватися витяг з протоколу засідання кафедри про рекомендацію статті до друку та рецензія доктора (кандидата) наук із відповідної спеціальності, засвідчені належним чином.

До статей авторів, які мають науковий ступінь кандидата, має додаватися рецензія доктора наук із відповідної спеціальності.

4. Список використаних матеріалів формується у тій послідовності, в якій подаються посилання по тексту статті. Під одним порядковим номером у використаних матеріалах зазначається лише одне джерело. Не допускається повтор одних і тих самих джерел під різними порядковими номерами, а також оформлення використаних матеріалів у формі посторінкових чи кінцевих виносок. Цифрові посилання у статті [у квадратних дужках] обов'язково повинні збігатися з відповідними порядковими номерами у використаних матеріалах. Кількість джерел у використаних матеріалах не повинна перевищувати 15.

5. У списку використаних матеріалів слід вказати:

- для періодичних видань — прізвище та ініціали автора статті, її назву, найменування та рік видання, номер, сторінку;
- для книг — прізвище та ініціали автора, назву книги, місто та рік її видання, сторінку.

6. До матеріалів необхідно додавати:

- електронний варіант статті у форматі *Word*;
- інформаційну довідку про автора: прізвище, ім'я, по батькові (повністю), науковий ступінь, вчене звання, місце роботи і посада, поштова адреса, контактний телефон;
- фото автора у форматі *Jpg*;
- копію квитанції про річну передплату на журнал.

Стаття, подана до редакції без дотримання вимог, наведених у пунктах 1–6, опублікуванню не підлягає.

Гонорар за публікацію не сплачується.

Редакція залишає за собою право на рецензування, редагування, скорочення і відхилення статей.

За зміст та достовірність наданої інформації відповідальність несе автор.

Передрук опублікованих матеріалів журналу здійснюється тільки з дозволу автора і редакції.

Юридичний журнал
«ПРАВО УКРАЇНИ»
4/2017

Свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
Серія КВ № 17414–6184ПР від 08.02.2011 р.

*Журнал рекомендовано до друку
Вченою радою Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(протокол № 12 від 21 квітня 2017 р.).*

Редагування *О. Красненко*
Комп'ютерна верстка *О. Карташової*
Художнє оформлення *С. Харука, О. Бойко*
Підп. до друку 27.03.2017. Формат 70x108/16.
Папір офсетний. Офсетний друк.
Ум. друк. арк. **17,15**. Обл.-вид. арк. **16,91**.
Зам. 17-292. Тираж 600. Ціна договірна.

Адреса редакції:

Україна, 04107, м. Київ, вул. Багговутівська, 17–21
Телефони: 0 (44) 537–51–00 (головний редактор),
0 (44) 537–51–10 (відповідальний редактор)

www.pravoua.com.ua

*Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в друкованих матеріалах,
несуть автори. Редакція не завжди поділяє авторську точку зору.*

Віддруковано у ПАТ «ВІПОЛ»
Україна, 03151, м. Київ, вул. Волинська, 60.
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 4404 від 31.08.2012 р.