

НАЦІОНАЛЬНА БЕЗПЕКА і ОБОРОНА

№ 5-6 (163-164)

2016

Засновник і видавець:



УКРАЇНСЬКИЙ ЦЕНТР ЕКОНОМІЧНИХ І ПОЛІТИЧНИХ ДОСЛІДЖЕНЬ

ІМЕНІ ОЛЕКСАНДРА РАЗУМКОВА

Генеральний директор Анатолій Рачок
Редактор Алла Чернова
Коректор Ганна Пашкова
Більд-редактор Андрій Хопта
Макет Тетяна Овсяник
Олександр Шаптала
Техніко-комп'ютерна Володимир Кекух
підтримка Євген Скрипка

Журнал зареєстровано в Державному
комітеті інформаційної політики України,
свідцтво KB № 4122

Журнал видається з 2000р.
українською та англійською мовами

Загальний тираж 3800 примірників

Адреса редакції:
01015, м. Київ, вул. Лаврська, 16, 2-й поверх
тел.: (380 44) 201-11-98
факс: (380 44) 201-11-99
e-mail: info@razumkov.org.ua
веб-сторінка: http://www.razumkov.org.ua

У разі використання матеріалів,
посилання на журнал
“Національна безпека і оборона”
є обов'язковим

Українформ – обкладинка

Усі фотоматеріали,
вміщені в цьому журналі,
взяті із власного фотоархіву та
загальнодоступних джерел

© Центр Разумкова, 2016

Реалізація проекту “Конституційний процес в Україні:
удосконалення засад правосуддя, прав, свобод і
обов'язків людини і громадянина” стала можливою
за підтримки американського народу, наданої через
Агентство США з міжнародного розвитку (USAID)
в рамках Проекту “Справедливе правосуддя”

Позиції, викладені в цьому
виданні, є думками авторів
і не обов'язково відбивають
погляди Агентства США з
міжнародного розвитку
(USAID) або Уряду
Сполучених Штатів Америки



Видання журналу здійснено
за сприяння Представництва
Фонду Ганса Зайделя
в Україні



З М І С Т

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС: ПОТОЧНИЙ РЕЗУЛЬТАТ, РИЗИКИ І ПЕРСПЕКТИВИ

(Аналітична доповідь Центру Разумкова)..... 2

РОЗДІЛ 1. РЕФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД СУДОВОЇ ВЛАДИ..... 3

**РОЗДІЛ 2. ПРОБЛЕМИ ВИРОБЛЕННЯ ЗМІН ДО
КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЩОДО ПРАВ І СВОБОД**..... 10

РЕФОРМА КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД СУДОВОЇ ВЛАДИ, ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ: ПОТОЧНИЙ РЕЗУЛЬТАТ І ОЧІКУВАНІ ПЕРСПЕКТИВИ

(Виступи учасників Круглого столу)

Микола МАРТИНЕНКО, Ден РАЙАН, Даніель ЗАЙБЕРЛІНГ,
Костянтин КРАСОВСЬКИЙ, Віктор ШИШКІН, Володимир СУЦЕНКО,
отець Олекса ПЕТРИВ, Олег БЕРЕЗЮК, Юлія КИРИЧЕНКО, Микола МЕЛЬНИК,
Микола ОНІЩУК, Михайло МАКАРЧУК, Олег МАРЦЕЛЯК 22

**ГРОМАДСЬКА ДУМКА ПРО СУДОВУ РЕФОРМУ ТА КОНСТИТУЦІЙНЕ
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА**..... 33

ЗМІНИ ДО КОНСТИТУЦІЇ СТОСОВНО ПРАВОСУДДЯ: ОЦІНКИ ФАХІВЦІВ

(Інтерв'ю)

Олег БЕРЕЗЮК, Данило КУРДЕЛЬЧУК, Микола МЕЛЬНИК,
Лідія МОСКВИЧ, Володимир СУЦЕНКО 42

ДУМКИ ЕКСПЕРТІВ ПРО СУДОВУ РЕФОРМУ 49

ПРОЕКТ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ СТОСОВНО ПРАВ ЛЮДИНИ: ОЦІНКИ ФАХІВЦІВ

(Інтерв'ю)

Георгій ДИНИС, Наталія ГУТОВА, Олександр ЗАДОРЖНИЙ,
Наталія КРЕСТОВСЬКА, Петро РАБІНОВИЧ, Павло ФРІС 53

**ДУМКИ ЕКСПЕРТІВ ПРО КОНСТИТУЦІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА** 59

СТАТТІ

**ПРАВО НА ЗБРОЙНИЙ САМОЗАХИСТ: ВІДПОВІДНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ І
МІЖНАРОДНИМ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМ УКРАЇНИ**
Ольга БУТКЕВИЧ 62

**ПОЗИТИВНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА СКПЛ ТА “ПОЗИТИВНА КОМПЛЕМЕНТАРНІСТЬ”
ЗА РИМСЬКИМ СТАТУТОМ: МОЖЛИВОСТІ ВЗАЄМОДІЇ**
Микола ГНАТОВСЬКИЙ 71

**СИСТЕМА СУДОУСТРОЮ УКРАЇНИ: ІСТОРІЯ, СУЧАСНИЙ СТАН І
ПЕРСПЕКТИВИ В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ**
Микола КОЗЮБРА 75

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ЗДОРОВ'Я
Тимур КОРОТКИЙ, Наталія ХЕНДЕЛЬ 80

**НЕОБХІДНІСТЬ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ ЯК ПІДСТАВА
ОБГРУНТОВАНОГО ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В ПРАКТИЦІ
ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ**
Павло ПУШКАР 91

**КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ: МІЖ ПОСТРАДАНЬСЬКИМ
МИНУЛИМ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИМ МАЙБУТНІМ**
Петро СТЕЦЮК 96

**СКОРОЧЕННЯ СОЦІАЛЬНИХ ВИПЛАТ І ПЕНСІЙ: КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ТА
ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ**
Алла ФЕДОРОВА 100

**ЩОДО ПРАВОМІРНОСТІ ВТРУЧАННЯ ДЕРЖАВИ У ПРАВО НА
ПРИВАТНЕ ЖИТТЯ В КОНТЕКСТІ ІНТЕРНЕТ-ПРОСТОРУ**
Дарія ЯРЦЕВА 106

КОНСТИТУЦІЙНИЙ ПРОЦЕС: ПОТОЧНИЙ РЕЗУЛЬТАТ, РИЗИКИ І ПЕРСПЕКТИВИ

Сучасний етап конституційного процесу започатковано Президентом України П.Порошенком у березні 2015р. створенням Конституційної Комісії¹. Вже 1 липня 2015р. Парламент зареєстрував розроблений Конституційною Комісією і внесений Президентом проект Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації)” (реєстр. №2217а). 31 серпня 2015р. цей законопроект був схвалений Парламентом під супровід вибухів гранат на площі Конституції перед Верховною Радою. Наявність у законопроекті щодо децентралізації контраверсійного пункту 18 “Перехідних положень” не дозволяла вийти на процес остаточного прийняття змін до Конституції (щодо децентралізації) відповідно до вимог її статті 155.

25 листопада 2015р. у Парламенті був зареєстрований наступний проект змін до Конституції (щодо правосуддя) (реєстр. №3524). В лютому 2016р. його схвалено, а 2 червня 2016р. – остаточно прийнято Верховною Радою України. Вперше після “політичної реформи” грудня 2004р. було легально внесено суттєві поправки до тексту Конституції України.

Ухвалення Парламентом рішення про внесення змін до Конституції України в частині правосуддя далеко не завершило реформу судової влади. Не може ігноруватися те, що до низки змін до Основного Закону залишилися серйозні зауваження представників експертного середовища, тим більше – суддівської спільноти. Водночас, ряд оновлених положень Конституції, будучи імплементаваними в ефективні механізми спеціальних законів, здатні позитивно вплинути на стан судової влади. У зв’язку з цим, не може не викликати тривогу, *по-перше*, ухвалення Парламентом Закону України “Про судоустрій і статус суддів” у неконституційний спосіб, з грубим порушенням вимог Регламенту Верховної Ради. *По-друге*, зміст цього основного імплементаваного закону, внесеного до Парламенту без висновків як Науково-експертного управління, так і Венеціанської комісії, без обговорення в експертних колах, може внести хаос у процес реальної імплементації конституційних змін.

Невизначеним залишається питання щодо перспектив підготовленого Робочою групою Конституційної Комісії проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо прав і свобод)”. В аналітичній доповіді викладене теоретичне обґрунтування сформульованих у проекті положень. Оскільки робота над проектом змін до Конституції завершена Робочою групою, Конституційна Комісія має зробити остаточний висновок щодо його готовності для направлення на розгляд Президенту, який прийме рішення про внесення відповідного законопроекту до Верховної Ради України.

Обидва аспекти конституційних змін стали предметом дослідження Центру Разумкова, що знайшло відображення в змісті аналітичної доповіді.

Аналітична доповідь складається з двох розділів.

- У першому розділі** проаналізовано сучасний стан реформування конституційних засад судової влади, поточні результати конституційного процесу та найближчі перспективи.
- У другому розділі** викладено аналіз проблем вироблення змін до Конституції України щодо прав, свобод і обов’язків людини і громадянина.

У підготовці першого розділу доповіді, крім експертів Центру Разумкова, брали участь професор, д.ю.н. М.КОЗЮБРА (завідувач кафедри загальнотеоретичних та державно-правових наук факультету правничих наук НаУКМА) та доктор філософії з правових наук П.СТЕЦЮК (суддя Конституційного Суду України).

У підготовці другого розділу доповіді, крім експертів Центру Разумкова, брав участь професор, д.ю.н. В.БУТКЕВИЧ (заступник голови Конституційної Комісії).

¹ Указ Президента України “Про Конституційну Комісію” №119 від 3 березня 2015р.

1. РЕФОРМУВАННЯ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД СУДОВОЇ ВЛАДИ

Проблема судової реформи не сходить з порядку денного в Україні з часу проголошення незалежності. За цей час було здійснено чимало спроб змінити систему правосуддя, успадковану від радянської епохи, починаючи від т.зв. “малої судової реформи” початку 2000р. і закінчуючи прийняттям Закону України “Про забезпечення права на справедливий суд” від 15 лютого 2015р. Проте всі ці спроби фактично завершувалися невдачею. Причин цьому безліч – від об’єктивних складнощів становлення української державності, стану суспільної свідомості, політичної і правової культури можновладців, консервативності доктринального мислення – до браку політичної волі для проведення справжньої реформи.

Політичні сили, що знаходилися при владі, за усталеною вітчизняною традицією часто намагалися підлаштувати судову владу під власні корпоративні інтереси, що чи не найвиразніше проявилось у прийнятому (за часів режиму В.Януковича) Законі України “Про судоустрій і статус суддів” від 7 липня 2010р. Пізніші законодавчі спроби оновити судову систему, включно з Законом України “Про відновлення довіри до судової влади” від 8 квітня 2014р. та згадуваний вже Закон “Про забезпечення права на справедливий суд”, ситуації не змінили. По суті, вони виявилися такою ж імітацією реформи, як і всі попередні спроби. Принаймні, судова влада від цих “реформ” не ставала доступнішою, прозорішою, професійнішою і доброчеснішою (менш корумпованою). Все це не лише не додавало віри у справедливість суду, але й ще більше підривало довіру до нього, що підтверджують численні соціологічні опитування. За їх даними, рівень довіри громадян до судів складає лише 5-10% і є одним з найнижчих серед інститутів влади¹.

Разом з падінням рівня довіри до судів зростає суспільний запит на повномасштабну судову реформу в Україні. Вона, поряд з антикорупційною реформою, стала однією з найбільш затребуваних у суспільстві. У цьому єдині вітчизняні та зарубіжні експерти, інвестори, міжнародні організації тощо.

У той же час ставало все очевиднішим, що повноцінна судова реформа неможлива без внесення змін до Конституції України, оскільки окремі її положення не лише не сприяють утвердженню незалежності, неупередженості та доброчесності суду і суддів, а фактично унеможливають справжнє, а не декоративно-косметичне реформування системи правосуддя.

Спроби внесення змін до Основного Закону України щодо правосуддя робилися неодноразово. Окремі з них започатковувалися у деяких законопроектах змін до Конституції, внесених до Верховної Ради суб’єктами законодавчої ініціативи – народними депутатами України. Зміни системного, цілісного характеру напрацьовувалися експертним середовищем у складі відповідних дорадчих органів з конституційної реформи при Президентах України – Конституційної ради, Конституційної асамблеї тощо. Проте всі ці напрацювання так і залишилися на папері.

З оновленням влади після Революції Гідності конституційна реформа в частині правосуддя нарешті набула реальних рис. Створена при Президенті України П.Порошенку Конституційна комісія (яка на відміну від попередніх аналогічних органів складається переважно з фахівців - експертів) упродовж року підготувала проект Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”, схвалений на засіданні Комісії у листопаді 2015р. і одразу внесений в порядку законодавчої ініціативи Президентом України до Верховної Ради України (реєстр. №3524 від 25 листопада 2015р.).

Після позитивного висновку КСУ про відповідність законопроекту вимогам статей 157, 158 Конституції України Верховна Рада 2 лютого 2016р. схвалила проект змін до Основного Закону №3524, а 2 червня 2016р. конституційною більшістю – 335 голосами ухвалила відповідний Закон. І хоча до процедури його ухвалення, як і до змісту, є істотні зауваження, про що йтиметься далі, не можна не відзначити, що цей Закон є помітним кроком уперед у реформуванні судової влади. Він містить ряд положень, які за умови їх послідовної імплементації в Закон України “Про судоустрій і статус суддів” і процесуальні кодекси та неухильного виконання здатні сприяти

¹ Див. зокрема матеріал “Громадська думка про судову реформу та конституційне забезпечення прав людини і громадянина”, вміщений в цьому журналі.



досягненню очікуваних результатів – становленню незалежного, справедливого та добросовісного правосуддя відповідно до європейських стандартів.

На жаль, процедура ухвалення як самого Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”, так і, особливо, Закону “Про судоустрій і статус суддів” не додає оптимізму. Під час їх ухвалення провладна більшість у Парламенті порушила передбачену Законом України “Про регламент Верховної Ради України” процедуру розгляду законопроектів, вдалася до чергових маніпуляцій: (Закон “Про судоустрій і статус суддів” був прийнятий “у цілому” раніше за Закон “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”, чим проігнорований закріплений у ст.8 Основного Закону аксіоматичний принцип конституціоналізму – “закони та інші нормативні акти держави приймаються на основі Конституції і повинні відповідати їй”. У зв’язку з цим виникають цілком логічні запитання: чи допустимо навіть прогресивні і, будемо сподіватися, благородні наміри влади втілювати в життя неправовими методами?

Отже, до положень зміненого тексту Конституції, які заслуговують на позитивну оцінку, необхідно віднести насамперед:

1) удосконалення порядку призначення суддів, зокрема:

- відмову від першого призначення на посаду судді строком на п’ять років Президентом України та наступного обрання Верховною Радою України безстроково, що відповідає неодноразовим рекомендаціям Венеціанської комісії. За існуючою європейською практикою випробувальний термін для судді (тим більше тривалістю у п’ять років), як правило, не передбачається. Судді, відповідно до принципу незмінюваності, одразу призначаються безстроково (до досягнення пенсійного віку);
- підвищення вікового цензу для кандидатів на посаду судді з 25 до 30 років та стажу роботи в галузі права з трьох до п’яти років (ч.3 ст.127), що сприятиме формуванню суддівського корпусу з більш життєво досвідчених і професійно підготовлених осіб;
- запровадження конкурсу для кандидатів на посаду судді (ч.2 ст.128), що відкриває можливості для відбору найбільш компетентних і добросовісних кандидатів на посади суддів і сприятиме оновленню суддівського корпусу;

- вилучення з процедури призначення (обрання) суддів політичних органів – Президента України і Верховної Ради України, що має сприяти деполітизації суддівського корпусу;
- зміщення центру добору і призначення суддів з політичних органів до органу суддівського співтовариства – Вищої ради правосуддя;
- запровадження порядку, згідно з яким призначення на посаду судді здійснюється Президентом України виключно за поданням Вищої ради правосуддя. Роль останньої у цьому процесі має бути визначальною, а Президента – винятково церемоніальною. Тобто Президент як глава держави тільки легітимізує призначення особи суддею. Це загалом логічно, оскільки Вища рада правосуддя, яка за усталеною європейською практикою розглядається здебільшого як орган суддівського самоврядування, не може легітимізувати носія державної влади, яким є суддя. Легітимізація призначення суддів главою держави (президентом чи монархом) є поширеною в Європі;
- позбавлення Президента України повноваження переводити суддів з одного суду до іншого, у т.ч. в порядку їх кар’єрного росту, що цілком відповідає європейській практиці і має сприяти деполітизації цих заходів.

2) Певне покращення, порівняно з чинною Конституцією України, редакції її ст.125, що стосується судоустрою. Зокрема:

- позитивним є виокремлення у системі судоустрою адміністративних судів, основною функцією яких є захист прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин;
- певним кроком на шляху реорганізації судоустрою можна було б вважати вилучення положення ч.3 ст.125 чинної Конституції, згідно з якою “вищими судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі суди”, якби ця позиція була проведена достатньо послідовно. Однак, цього не сталося, про що йтиметься далі.

3) Удосконалену редакцію ст.126 Конституції України, серед положень якої слід виділити:

- збереження всупереч поширеним популістським закликам певних політичних сил функціонально обмеженого суддівського імунітету, як однієї з гарантій незалежності суддів (а не їх привілеїв);
- усунення Верховної Ради від надання згоди на затримання або утримання під вартою чи арешту судді та передання цих повноважень Вищій раді правосуддя, що відповідає європейській практиці і має сприяти деполітизації цього процесу;
- розведення підстав для звільнення судді та припинення суддею повноважень;
- передбачення низки антикорупційних запобіжників аж до звільнення суддів, які не можуть підтвердити законність джерела походження своїх статків (п.6 ч.5 ст.126).

4) Приведення у відповідність до європейських стандартів порядку формування та складу Вищої ради правосуддя, зокрема:

- переважання у її складі представників суддівського корпусу, що має сприяти більшому професіоналізму цього органу, на що неодноразово звертала увагу Венеціанська комісія;
- удосконалення повноважень Вищої ради правосуддя, особливо тих, що стосуються призначення суддів, їх переведення з одного суду до іншого, звільнення суддів з посади тощо, що наближує такі повноваження до європейських стандартів Вищої ради магістратури та має сприяти деполітизації цих процесів;
- встановлення обмеженого строку повноважень обраних (призначених) членів Вищої ради правосуддя, поширення на них принципу несумісності тощо.

5) Скасування Розділу VII чинної Конституції України “Прокуратура” та перенесення положень про прокуратуру до Розділу “Правосуддя”, що загалом узгоджується з поширеною європейською практикою, а також обмеження функцій прокуратури, зокрема акцентування уваги на таких основних її функціях:

- підтримання публічного обвинувачення в суді;
- організація і процесуальне керівництво досудовим розслідуванням, наглядом за негласними та іншими слідчими та розшуковими діями органів правопорядку.

В ухваленому конституційному законі містяться також деякі інші новели, які заслуговують підтримки, зокрема щодо вилучення з розділу “Правосуддя” згадки про Конституційний Суд України, який має специфічні повноваження і статус, які не “вписуються” у традиційне розуміння правосуддя; визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду (ч.6 ст.124), хоча і “відкладене” на три роки; заміни поняття “правоохоронні органи” на “органи правопорядку” (п.2 ст.131¹); відмова від такої підстави для звільнення суддів як “порушення присяги” з огляду на її невизначеність та можливості політичних маніпуляцій; позбавлення прокуратури очевидних наглядових повноважень; закріплення на рівні Конституції гарантій незалежності адвокатури; фінансування судів (ч.1 ст.130), розмірів винагороди суддів, які мають встановлюватися винятково законом про судوустрій, а не підзаконними нормативними актами (ч.2 ст.130) тощо.

Разом з тим, низка нових положень Конституції містить ризики, які можуть негативно вплинути на перспективи проведення судової реформи, чи звести її задекларовані наміри нанівець. До таких положень належать наступні.

1) Відповідно до ст.125 Закону система судоустрою визначатиметься не Конституцією, як це має місце в більшості європейських країн (і що рекомендувала Венеціанська комісія), а **віднесена до регулювання законом**. Це створює загрозу консервації нинішньої надто складної і не завжди зрозумілої не тільки для простих громадян, але й для професійних правників системи судоустрою. Загалом, довіряючи нібито закладеному в Закон “Про судоустрій і статус суддів” намір повернутися до трьохланкової (трирівневої) системи судоустрою, яка є

найпоширенішою в Європі, у т.ч. в країнах-сусідах України та відносно тривалий час була їй притаманна, та відновлення у зв’язку з цим статусу Верховного суду як “найвищого суду в системі судоустрою” (ч.3 ст.125 Конституції України) не можемо не звернути увагу на ряд суперечностей в регулюванні цих питань, що мають місце в Законі “Про судоустрій і статус суддів”.

Систему судоустрою відповідно до п.3 ст.17 Закону складають:

- 1) місцеві суди;
- 2) апеляційні суди;
- 3) Верховний Суд.

На перший погляд здавалося б, що принцип трьохланкової системи судоустрою дотриманий. Проте аналіз наступних глав Розділу II “Судоустрій” названого Закону, присвячених місцевим (глава 2), апеляційним (глава 3) судам, а особливо Верховному Суду (глава 5) засвідчує, що складна та малозрозуміла система судоустрою в Законі, по суті, зберігається.

Так, відповідно до ст.37 Закону структуру Верховного Суду складають:

- 1) Велика Палата Верховного Суду;
- 2) Касаційний адміністративний суд;
- 3) Касаційний господарський суд;
- 4) Касаційний кримінальний суд;
- 5) Касаційний цивільний суд.

Така “матрьошка” є винятково українським ноу-хау. В Європі і світі невідомі випадки, коли до складу Верховного Суду, який за усталеною європейською практикою сам є касаційним судом (саме в цьому полягає його статус найвищого суду в системі судоустрою), належали б, як фактично автономні підсистеми, касаційні спеціалізовані суди. Про їх автономність свідчать, зокрема, положення Закону про наявність у їх голів представницьких повноважень у відносинах з органами державної влади, місцевого самоврядування, фізичними та юридичними особами (підпункт 1 п.6 ст.42); контролю за відповідними структурними підрозділами апарату Верховного Суду; здійснення організаційного забезпечення діяльності відповідного касаційного суду (п.3 підпункту 6 тієї ж статті); та чимало інших повноважень.

Повноваження Верховного Суду за Законом фактично обмежуються повноваженням Великої Палати Верховного Суду, які до того ж окреслені в Законі в загальних рисах. Принаймні із змісту Закону незрозуміло, зберігатиме Верховний Суд (у редакції Закону – Велика Палата ВС) “ревізійні” повноваження (перегляду справ за особливих обставин), повноваження т.зв. “повторної” касації тощо. Як і за попередніми законами “Про судоустрій і статус суддів”, за Верховним Судом, Великою Палатою ВС та Пленумом ВС зберігається безліч позапроцесуальних повноважень (аж до надання висновків щодо проектів законів), які не здатні компенсувати брак повноважень найвищого, касаційного суду.

Як засвідчує аналіз глав 2 і 3 Розділу “Судоустрій”, Закон залишає по суті недоторканою існуючу “вертикаль” спеціалізованих судів.

Не зовсім зрозумілими є статус і місце в системі судоустрою запроваджених Законом вищих спеціалізованих судів – з питань інтелектуальної власності та антикорупційного. Якщо це **особливі суди**, то їх створення відповідно до ч.6 ст.125 Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” не допускається. Якщо ж вони є різновидом спеціалізованих судів, то виникає безліч питань, пов’язаних з їх структурою (вищі суди за логікою передбачають існування нижчих судів), відносинами з Верховним Судом тощо. Властива Закону України “Про судоустрій і статус суддів” невизначеність у всіх цих питаннях неминуче призводитиме до внутрішніх протиріч у судовій системі, ускладнюватиме забезпечення як єдності судової практики, так і організаційної єдності системи судоустрою загалом.

2) Найоптимальнішим варіантом побудови вітчизняної системи судоустрою мало б стати виокремлення у цій системі двох відносно автономних трьохланкових (трьохрівневих) підсистем – загальних судів, які розглядали б цивільні (включно з господарськими) та кримінальні справи, вищою касаційною інстанцією, в якій був би Верховний Суд з відповідними палатами у його структурі, та адміністративних судів, касаційною інстанцією, в якій виступав би Вищий (Верховний) адміністративний суд.

Для виокремлення адміністративних судів у відносно автономну підсистему судоустрою є вагомі підстави:

- **адміністративна юстиція** – це особлива юстиція. Своїми завданнями та функціями вона суттєво відрізняється від загальних судів: це суди, які захищають людину від посягань на її права і свободи з боку публічної влади, а нерідко – і від відвертого владного свавілля;
- **особливості завдань і функцій адміністративної юстиції** своєю чергою обумовлюють специфіку адміністративного судочинства – інституту доказування в адміністративному суді (зокрема тягара доказування); принципів адміністративного судочинства (поєднання принципу змагальності з пошуковим, дослідницьким принципом, суттєві особливості принципу диспозитивності тощо); судової аргументації ухвалених рішень (переважання в ній раціональних моментів і логічних побудов, мінімізація впливу психологічних факторів і прийомів ораторського мистецтва тощо). Ці особливості можуть тягти за собою певні відмінності у кваліфікаційних вимогах до суддів адміністративних судів, процедурі відбору кандидатів у судді та ін., що впливає із ст.127 Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”.

Хоча питання про місце адміністративної юстиції в судовій системі різних країн продовжує вирішуватися по-різному (варіант належності її до єдиної системи судів, у яких найвищим судом є Верховний Суд, у ряді країн дійсно є), проте **тенденція до**

відокремлення адміністративної юстиції від загальних судів стає, з огляду на зазначену їх специфіку, дедалі помітнішою, зокрема, в постсоціалістичних країнах. Очевидно, враховуючи її, Венеціанська комісія “наполегливо рекомендувала” виокремити адміністративні суди в окрему підсистему системи судоустрою. На жаль, до цієї рекомендації Венеціанської комісії автори Закону “Про судоустрій і статус суддів” не прислухалися, фактично загальмувавши вирішення цього питання на невизначений строк. Оскільки, на відміну від інших країн, в Україні за ухваленням конституційним законом система судоустрою, як уже зазначалося, визначається Законом України “Про судоустрій і статус суддів”, внести до нього відповідні зміни доцільно вже зараз (поряд з численними іншими змінами, на яких наголошуватимуть експерти). **До речі, проект Закону “Про судоустрій і статус суддів” не був підданий аналізу з позицій його відповідності європейським стандартам не тільки Венеціанською комісією, але навіть Науково-експертним управлінням Секретаріату Верховної Ради України.**

3) Забезпечення єдності судової практики між загальними та адміністративними судами (відповідними видами юрисдикції) могло б здійснюватися на спільних засіданнях Верховного Суду та Вищого (Верховного) адміністративного суду в порядку, визначеному законом.

4) **Суттєві особливості, порівняно з загальними судами, не притаманні господарським судам.** Їх виокремлення в системі судоустрою – це данина радянській традиції (і результат тривалих дискусій між радянськими правниками-цивілістами та господарниками, в яких перемогу на той час отримали господарники, що в умовах неринкових відносин могло бути доцільним). Сьогодні, коли господарські відносини стали частиною ринкових, існування автономної системи господарських судів виглядає анахронізмом. Навіть у Німеччині, де система судоустрою є досить розгалуженою (полісистемною), самостійної “вертикалі” господарських (чи комерційних) судів не існує. **Господарські спори розглядаються за цивільно-процедурною загальною (цивільними) судами.**

5) **Перехід до трьохланкової (трьохрівневої) системи** відносно автономних підсистем, відповідно загальних і адміністративних судів, зовсім **не тягне за собою відмову від конституційного принципу спеціалізації**, яка може існувати в різних формах. **Найпоширенішою з них є спеціалізація суддів**, а не судів у межах відповідних підсистем. Можливе також використання форми спеціалізованих судів, але лише на рівні судів першої інстанції. Така практика в Європі існує, зокрема, у формі торгових, комерційних та інших судів.

6) Підтримуючи, як уже зазначалося, визначене змінами до Конституції місце прокуратури в системі розподілу влади та звуження її повноважень, вважаємо, що **положення, присвячені прокуратурі, несуть ризики, обумовлені їх невизначеністю** (добір кандидатів на посаду прокурора, межі поширення на прокурорів принципу несумісності,

представництва ними інтересів держави в суді, звільнення прокурорів тощо). Оскільки організація і порядок діяльності прокуратури за ухваленими змінами до Конституції визначаються законом (практика відсилання до закону щодо регулювання цих питань, на відміну від судустрою, є переважальною), більшість з невизначеностей можна усунути внесенням змін до Закону України “Про прокуратуру”.

Проте існують ризики, які, як засвідчує вітчизняна практика, особливо пов’язані з призначенням Генерального прокурора, законом усунути фактично неможливо. Вони вимагають встановлення запобіжників на конституційному рівні. Ці ризики пов’язані насамперед з надмірною політизацією прокуратури. Тому рано чи пізно до їх нейтралізації за допомогою додаткового конституційного регулювання, очевидно, доведеться повернутися.

У зв’язку з цим у Конституції варто закріпити:

(а) положення, згідно з яким прокурор, за аналогією з вимогами ст.131 Конституції України до члена Вищої ради правосуддя, “має належати до правничої професії та відповідати критерію політичної нейтральності”. Це унеможливило б маніпуляції із законом про прокуратуру, до яких політичні сили, що належать до коаліції депутатських фракцій, вдалися під час нещодавнього призначення нового Генерального прокурора;

(б) у висновку Венеціанської комісії на проект Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” було рекомендовано, щоб Верховна Рада України давала згоду на призначення Генерального прокурора Президентом України кваліфікованою більшістю голосів.

Ухвалення Постанови Верховної Ради України про надання згоди на призначення Генерального прокурора більшістю від конституційного складу народних депутатів (226 голосами) означатиме надмірну орієнтацію Генерального прокурора на Президента і коаліцію депутатських фракцій, тобто – його невідповідність “критерію політичної нейтральності”. Тому згода Верховної Ради на призначення Генерального прокурора має даватися, якщо не кваліфікованою більшістю (2/3 голосами), то принаймні 3/5 голосами конституційного складу Верховної Ради.

Нарешті, щоб реформа прокуратури була завершеною, доцільно змінити не лише зміст прокурорських повноважень, але й привести у відповідність до змісту саму назву цього органу, змінивши її на “Службу публічного обвинувачення”, як це має місце в ряді європейських країн. Така назва більше відповідатиме основному призначенню цього органу та остаточно поховає уявлення про прокуратуру, як “око государеве”, оплот тоталітарної системи, які все ще є поширеними серед значної частини населення, у т.ч. серед політиків. Проте це також вимагає чергових змін до Конституції.

7) Надто категоричними та віддаленими від нинішніх українських реалій (за висловом Венеціанської комісії “далекоглядними”) є положення ч.4 ст.131², згідно з яким “виключно адвокат здійснює



представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення”. І хоч ще під час доопрацювання законопроекту частково були враховані рекомендації Венеціанської комісії і з цього категоричного правила зроблені певні винятки (ч.5 ст.131²), проблеми вони не вирішують. Як не знімає її також відтермінування у Розділі XV “Перехідні положення” представництва виключно адвокатом іншої особи в судах до 2017-2019рр., а органів державної влади та органів місцевого самоврядування – до 2020р. Річ навіть не стільки в закріпленні монопольного становища адвокатів у сфері надання правової допомоги (тенденція до підвищення рівня професіоналізму в її наданні характерна для всіх сучасних правових держав), скільки в неготовності України до такої монополізації. Адже це значно ускладнює надання людям (особливо малозабезпеченим) гарантованої Конституцією (ст.59) безоплатної правової допомоги у зв’язку із відсутністю у держави можливостей для її належного фінансування та незацікавленістю адвокатів у її наданні (вони продовжують ставитися до надання такої допомоги як до примусової праці, яка в кінцевому підсумку не оплачується державою). Така ситуація навряд чи сприятиме підвищенню якості надання правової допомоги та забезпеченню рівності сторін судового процесу перед законом і судом. Підвищити якість правової допомоги дозволить лише створення конкурентного середовища в цій сфері, якого поки що в Україні (серед адвокатів) не існує. Тому про справжню боротьбу за якість правової допомоги та її професіоналізм можна говорити лише тоді, коли адвокати відчують серйозну конкуренцію на ринку надання правових послуг. Для України – це перспектива не двох і, навіть, не п’яти років. З огляду на це, відповідні нововведення (навіть благородні за своїми мотивами) можуть залишитися черговою декларацією, що не сприятиме повазі до Конституції.

8) Обмеживши або й зовсім усунувши вплив Верховної Ради на формування суддівського корпусу, звільнення суддів тощо, залишили надмірні повноваження Президента України у сфері судустрою та статусу суддів. Так, обґрунтовано позбавивши Президента (ст.106 Конституції) відповідно до рекомендацій Венеціанської комісії повноваження “створювати суди у порядку, визначеному законом”, внесеними змінами до Конституції пропонується



нова формула: “Суд утворюється, реорганізується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя” (ч.2 ст.125). На перший погляд така редакція цілком узгоджується з неодноразовими висновками Венеціанської комісії про те, що утворення, реорганізація чи ліквідація судів мають здійснюватися не указом Президента, а законом. Проте незрозуміло, чому проект закону про утворення, реорганізацію і ліквідацію судів має вносити до Верховної Ради України (в порядку законодавчої ініціативи) Президент, а не Уряд (як основний розпорядник державних коштів) чи самі народні депутати. Сумнів у тому, що цим обмежується роль Президента, обережно висловила й Венеціанська комісія (за її висловом, вона “нібито обмежується”).

Хоч формулювання, відповідно до якого Президент вносить проект такого закону на розгляд Верховної Ради України “після консультацій з Вищою радою правосуддя”, запропоноване самою Венеціанською комісією, воно повністю не знімає проблеми надто широкої дискреції Президента під час використання ним у цьому випадку права законодавчої ініціативи. Тому для унеможливлення маніпуляцій під час вирішення питань про утворення, реорганізацію і ліквідацію судів доцільно, очевидно, уточнити редакцію п.2 ст.19 ухваленого Закону України “Про судоустрій і статус судів”, зазначивши, що відповідний проект закону вноситься Президентом України до Верховної Ради не просто “після консультацій з Вищою радою правосуддя”, а консультацій, “у процесі яких вона підтвердила необхідність утворення, реорганізації чи ліквідації певного суду своїм рішенням”.

Ще більше заперечення викликає доповнення до Розділу XV “Перехідні положення” Конституції (п.16¹), відповідно до якого “**упродовж двох років переведення судді з одного суду до іншого здійснює Президент України на підставі відповідного подання Вищої ради правосуддя**”. Компромісна позиція Венеціанської комісії щодо цього пункту вважається необґрунтованою, оскільки дворічний термін є достатнім для того, щоб розставити на посади в судах “своїх людей”, зберігши тим самим свій вплив на судову систему й надалі (така практика президента-втікача В.Януковича добре відома).

9) Як зазначалося раніше, ухвалений до внесення змін до Конституції Закон України “Про судоустрій і статус судів” у ряді положень не узгоджується з цими змінами, а тому вимагає окремого аналізу.

10) Зміни щодо Конституційного Суду України внесені не тільки у т.зв. базовий в цьому випадку розділ Основного Закону (Розділ XII “Конституційний Суд України”), але й до майже половини всіх інших конституційних розділів. Ці зміни мали б охопити також Розділ II “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина”, Розділ IV “Верховна Рада України”, Розділ V “Президент України”, Розділ VIII “Правосуддя” та Розділ XV “Перехідні положення”. При цьому, в самому Розділі XII “Конституційний Суд України” змін зазнали всі без винятку його статті (ст.ст.147, 148, 149, 150, 151, 152 та 153 Конституції), а сам “Розділ” доповнено ще чотирма новими статтями – 148¹, 149¹, 151¹ та 151². Проте, визначальним у цьому процесі є не стільки механічна (зовнішня) зміна архітектури відповідних конституційних положень, як їх сутнісне наповнення, аналіз якого може наблизити до розуміння справжньої мети конституційних змін та можливих перспектив розвитку інституту конституційного контролю в Україні як такого.

Передбачається запровадження в Україні *інституту конституційної скарги*. У зв’язку з цим пропонується ст.55 Конституції України доповнити частиною 4.

Ідея запровадження інституту конституційної скарги в Україні є загалом прогресивною, відповідає загальним тенденціям розвитку європейського конституціоналізму та головному призначенню сучасного конституційного контролю – захисту прав і свобод людини. Вона органічно вписується також в існуючу національну конституційно-правову систему, оскільки завданням Конституційного Суду України є “гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій її території (ст.2 Закону України “Про Конституційний Суд України”), а саме “права і свободи людини та їх гарантії” повинні визначати зміст і спрямованість діяльності Української держави (ч.2 ст.3 Конституції України). Запровадження конституційної скарги підсилюється і тим фактом, що нині існуюча т.зв. “прихована” форма конституційної скарги (можливість тлумачення правових норм за зверненням громадян на основі реалізації положень ст.94 Закону України “Про Конституційний Суд України”) – є надзвичайно складною у своїй реалізації та нормативно до кінця не виписаною.

Змінами до ст.147 Конституції України *вилучено* із повноважень Конституційного Суду України право “*офіційного тлумачення законів України*”.

Скасоване повноваження Конституційного Суду “давати офіційне тлумачення законів України” було одним із “найбільш вразливих” явищ у національній конституційно-правовій системі. Адже даючи офіційне тлумачення законів (окремих положень законів), **Конституційний Суд України не завжди чітко дотримувався т.зв. лінії розмежування між самим**

тлумаченням і фактичним створенням нової норми. Останнє об'єктивно призвело до фактичного розбалансування усталеної системи правового регулювання відповідних груп суспільних відносин. З іншого ж боку, саме офіційне тлумачення законів, окремих положень законів часто виступало відвертою формою зловживання повноваженнями з боку Конституційного Суду України, на що неодноразово зверталася увага науково-експертного середовища.

Для сучасної європейської конституційно-правової практики офіційне тлумачення законів органом конституційного контролю не є характерним. Таке “право” конституційних судів збереглося, здебільшого, тільки на колишніх радянських теренах.

Із ст.124 Конституції України вилучено наступне положення: *“судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції”*. Це є правильним, оскільки Конституційним Судом України “судочинство” не здійснювалося раніше і не здійснюватиметься в майбутньому.

Практична реалізація змін до Конституції України може призвести до посилення гарантій як самого Конституційного Суду (насамперед у механізмі його відносин з іншими органами державної влади), так і незалежності та недоторканності суддів Конституційного Суду України.

У частині посилення гарантій безпосередньо самих суддів Конституційного Суду, насамперед привертають увагу наступні положення:

- ст.149 *“Незалежність і недоторканність судді Конституційного Суду України гарантуються Конституцією і законами України. Вплив на суддю Конституційного Суду України у будь-який спосіб забороняється. Без згоди Конституційного Суду України суддю Конституційного Суду України не може бути затримано або утримувано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. Суддю Конституційного Суду України не може бути притягнуто до відповідальності за голосування у зв'язку з ухваленням Судом рішень та надання ним висновків, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку. Держава забезпечує особисту безпеку судді Конституційного Суду України та членів його сім'ї”*.

Надмірно підвищена корпоративна складова статусу Конституційного Суду України. Свідченням цього є наступне положення: *“рішення про звільнення з посади судді Конституційного Суду України Суд ухвалює щонайменше двома третинами від його конституційного складу”* (ч.2 ст.149).

Найбільшим недоліком внесених змін до Розділу XII Конституції України є збереження без змін нині існуючої системи формування Конституційного Суду України, особливо в частині призначення третини складу Конституційного Суду України з'їздом суддів України.



Встановлена процедура формування Конституційного Суду України не виправдала суспільних очікувань; існуючий порядок жодним чином не забезпечив т.зв. рівного представництва інтересів різних гілок влади в єдиному органі конституційної юрисдикції і не убезпечив його від надмірної політизації процедури призначення суддів Конституційного Суду України.

ВИСНОВКИ

Таким чином, внесені зміни до Конституції України (щодо правосуддя) не вичерпали проблеми конституційних засад організації функціонування судової влади.

Очевидною є необхідність підготовки додаткових змін до Конституції, які мають виправити недоліки вже оновленого тексту Основного закону, зокрема:

- 1) однозначного закріплення трьохланкової системи судоустрою;
- 2) чіткого визначення структури Верховного Суду і його повноважень як органу правосуддя;
- 3) визначити прокуратуру (за повноваженнями) як “Службу публічного обвинувачення”;
- 4) привести у відповідність до суспільних реалій статус адвоката;
- 5) переглянути строки перехідних повноважень Президента України;
- 6) уточнити статус Конституційного Суду України, порядок його формування.

Наведене вище переконує, що будь-яка поспішність, а тим більше – ігнорування Конституції України, передбаченої Регламентом Верховної Ради процедури та положень Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”, який, як уже зазначалось, ухвалювався після прийняття “у цілому” Закону України “Про судоустрій і статус суддів”, тягнуть за собою непередбачувані наслідки, які можуть призвести до того, що ухвалені конституційні зміни залишатимуться декларацією. Очевидно, що т.зв. Закон України “Про судоустрій і статус суддів” потребує ґрунтовного експертного аналізу та опрацювання. Доречним буде і висновок Венеціанської комісії на остаточний варіант проекту цього закону.

2. ПРОБЛЕМИ ВИРОБЛЕННЯ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ УКРАЇНИ ЩОДО ПРАВ І СВОБОД

Ми маємо зрозуміти, що сьогодні бачення конституції держави, як то було в XIX - I половині XX ст., є занадто звуженим. Мало що змінив у такому підході і новий в ній Розділ “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина”. Ми продовжуємо дивитися на конституцію переважно як на основоположний акт для державних органів влади. Навіть “громадянське суспільство”, цей чи не основний здобуток народу в позавладній сфері, не зміг відвоювати собі місце в Конституції.

Йдеться не про те, що прийшов час відмовитися від розуміння конституції держави як унормованого основоположного порядку організації і функціонування державних органів влади. Це, так би мовити – ядро Конституції. Поряд з цим не слід ігнорувати конституційні закони, судові прецеденти конституційного характеру, конституційні звичаї і конституційні угоди, основоположні міжнародно-правові зобов’язання держави, базові норми і принципи функціонування регіональної і муніципальної влади, правові основи функціонування громадянського суспільства в державі і, звичайно, досягнення і можливості держави в забезпеченні правового статусу людини і громадянина та інші конституційні аспекти функціонування політичної системи суспільства і держави.

Конституція як “живий” організм держави і народу не має знати статичного стану, як його не знають суспільні та державні інститути. Вже під час формування “ядра” конституції мають бути закладені: передумови динаміки розвитку владних повноважень і гарантії прийняття основоположних для народу та держави політичних рішень, основні засади зміцнення і розвитку громадянського суспільства, фактори забезпечення прав і свобод і виконання обов’язків кожної людини та ін.

Проблеми визначення прав і свобод людини у Конституційному процесі в Україні

Важливою проблемою в нашій конституційній правотворчості є запозичення іноземних конституційних аналогів чи сталих для багатьох конституцій стандартів. Досить часто в українському конституційному законодавстві вони не спрацьовують, залишаються недіючими – просто деклараціями, або ж у них вкладається зовсім інший зміст. Вони тлумачаться інакше, ніж у теорії і конституційній практиці інших держав чи розуміються в контексті юридичної думки XIX-XX століть. До уваги не береться те, що окреме конституційне положення не рідко запозичується з іноземної конституції і залишається пустим побажанням, без урахування економічних, політичних та інших відносин, що склалися у країні, історії їх розвитку, стану готовності суспільства до змін та інших факторів (наприклад, наскільки таке “зарубіжне” положення системно узгоджено з іншими положеннями Конституції України).

Так, наприклад, положення ст.13 Конституції “Власність зобов’язує. Власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству” було запозичено (на кінцевому етапі вироблення проекту комісією Верховної Ради України) з певною

модифікацією¹ з Основного закону ФРН. Але, якщо в Конституції ФРН це положення системно узгоджене з іншими положеннями щодо власності та гарантоване як таке цілим рядом положень цієї конституції, то в українському варіанті воно звучить як гасло, декларація, “зависло” як парасолька серед конституційних положень щодо власності. Це конституційне положення надалі було сприйняте саме як декларація, ні до чого нікого незобов’язуюча.

Слабкою стороною переважної більшості закладених у чинну Конституцію положень було тяжіння до декларативності, відмова від старих і проголошення нових ідеологічних “аксіом”. Особливо це стосувалося пропозицій щодо соціально-економічних прав громадян. Причин тому можна вказати кілька:

(а) *небажання відмовитися від раніше проголошених прав і свобод людини і громадянина* в Конституції УРСР 1937р., а згодом розширених у Конституції УРСР 1978р., навіть попри те, що такі права переважно не були нормативно-правовими положеннями, якими кожна людина могла скористатися на практиці, а залишалися добре відредагованим текстом, записаним в Основному Законі здебільшого з метою “щоб Захід знав і не морочив голову щодо прав людини”;

¹ На жаль, воно не кращим чином відкореговано, оскільки в п.2 ст.14 оригіналу йдеться не про заборону, а саме про зобов’язання: “Власність зобов’язує. Користування нею повинно служити спільному благу”, що більш властиво правовій демократичній державі.

(б) *незнання природи соціально-економічних прав*. У радянський період стандарти ставлення до прав людини вироблялися в ЦК КПРС, там же визначалося, що слід розуміти під соціально-економічними правами, а що – під культурними, і давався їх перелік.

Обов'язком того, хто писав про такі права, було добросовісно процитувати ці положення. У першу чергу, це стосувалося самих працівників ЦК. Так, після прийняття Конституції СРСР 1977р. відповідальний за цей напрям роботи секретар ЦК КПРС К.Черненко визначив, що “до соціально-економічних прав радянських громадян, закріплених у Конституції СРСР, відносяться право на працю, відпочинок і охорону здоров'я, на соціальне забезпечення і житло”, а до прав у галузі культури він відніс “право на освіту, право на користування досягненнями культури, свободу наукової, технічної і художньої творчості”². В цьому він був не оригінальний, оскільки повністю від класифікації до розкриття сутності окремих прав запозичив у свого попередника, який писав про ці права, проголошені в Конституції СРСР 1936р. за дорученням ЦК КПРС, В.Карпінського (навіть цитати на інших діячів переписав без змін)³. Чи не єдине своє, що він дав у цій роботі, це те, що зняв з роботи свого попередника вислови: “товариш Сталін говорить”, “Сталінська Конституція закріпила”, “як це робив у свій час Сталін”, “Й.В.Сталін учить” та ін. Вже цей факт свідчить про формальне ставлення в радянський період до соціально-економічних прав, і воно, як і самі права, не змінилося за майже півстоліття існування радянської Конституції.

Ситуація почала дещо змінюватися після розпаду СРСР, але не набагато. У Конституції України 1996р. вдалося “пройти півдороги”: теоретично усвідомити, що соціально-економічні права стосуються не всієї життєдіяльності людини, а лише соціально-економічної сфери її життя, не можуть закріплюватися, як того хочеться пересічній людині, а повинні враховувати стан економіки і ресурсів країни, в їх визначеннях використовуються більше, ніж то є в дефініціях громадянсько-політичних прав, рекомендаційні формулювання, програмні елементи, але цей блок прав Конституції України фактично залишився майже на рівні радянських дефініцій⁴.

Це стосується і нових проектів змін до Конституції України. Коли ж йдеться про доктринальні напрацювання в цій сфері, то вони, порівняно з радянським періодом, є очевидними, хоча говорити про суттєві зрушення поки що зарано. Здебільшого українські вчені розглядають окремо соціальні та культурні права громадян. Уже це свідчить про чітке розуміння

ними того, що не тільки природа, сутність цих прав, а головне матеріально-ресурсні, фінансові можливості та механізми їх забезпечення не є тотожними. Утім, коли йдеться про конкретний перелік таких прав, то уявлення, що тут панує спільність бачення і їх розуміння, є не таким переконливим.

Так, М.Хавронюк виділяє п'ять основних економічних прав і свобод (право на підприємницьку діяльність, право на працю, право на відпочинок, право на участь у професійних спілках і право на страйк) і чотири “культурні (гуманітарні) права та свободи” (право на освіту; право осіб, які належать до національних меншин, у гуманітарній сфері; свобода творчості, право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; право на участь у культурному житті та право користуватися культурною спадщиною України)⁵.

О.Кушніренко та Т.Слінько не бачать серед соціально-економічних прав – права на підприємницьку діяльність і права на участь у професійних спілках, натомість вважають, що до зазначених сюди слід додатково віднести: право на соціальний захист, право на житло, право на достатній життєвий рівень, право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування і право на освіту. Право на освіту, на їх думку, також можна віднести до культурних (духовних) прав, як і право на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, право на інформацію, тобто право вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб, право на свободу світогляду і віросповідання та ін. Базовими ж культурними правами і свободами вони вважають: свободу літературної, художньої, наукової й технічної творчості, право на результати своєї інтелектуальної творчої діяльності, право на захист авторських прав та інших видів інтелектуальної власності⁶.

З класифікації, яку пропонують вчені харківського видання, не важко помітити певну доктринальну свободу у підходах до розуміння соціально-економічних і культурних прав. Ще більше ця свобода панує у проектах, автори яких часто не надають значення тому, діє те чи інше право в певній сфері життєдіяльності людини, чи воно є універсальним, має бути воно основним, конституційним правом, чи це всього лише права, на які може погодитися держава, але в правовому статусі людини воно ще не може вважатися за основне, конституційне право⁷. І вже майже всім проектам Конституції властиве радянське розуміння правового статусу людини, яке хоч і змінилося з часу жовтневих подій 1917р., проте

² К.У.Черненко. КПСС и права человека. – Москва, Изд-во АПН, 1981г., с.47, 105.

³ Див.: В.О.Карпінський. Конституція СРСР. Переклад з російського видання 1950р. – Радянська школа, 1955р., с.114-136.

⁴ З одного боку, суттєві “вкраплення” положень з Європейської конвенції з прав людини і соціально-економічних конвенцій, кодексів, хартій і протоколів, а з іншого – перенасичення їх обмеженнями, характерними для радянського періоду.

⁵ Рабінович П.М., Хавронюк М.І. Права людини і громадянина. – Київ, Атіка, 2004р., с.219-246.

⁶ Кушніренко О.Г., Слінько Т.М. Права і свободи людини та громадянина. – Харків, Факт, 2001р., с.91, 101-102.

⁷ “Ахіллесовою п'ятою”, бідою більшості проектів Конституції є те, що їх автори смутно розуміють, які соціальні відносини яким правовим актом мають регулюватися – беручи приклад з офіційної правотворчості, вони можуть пропонувати відносини, які мають регулюватися підзаконним актом найнижчого рівня, урегулювати конституційним положенням як основне право людини і, навпаки, вилучити з Конституції ті права і свободи людини, без яких її правовий статус стане обмеженим.

не суттєво⁸. Наприклад, коли йдеться про економічні права, то права роботодавців (як, до речі, і обов'язки) в ній можна вивести лише засобами ретельного тлумачення. При цьому, від них залежить укладення колективних договорів, вони мають право на створення власних організацій, як на національному, так і міжнародному рівні для захисту їх інтересів, вони мають своїх представників в Раді Міжнародної Організації Праці (МОП), чим можуть суттєво впливати на рішення МОП та ін.

Тут йдеться зовсім не про те, що в Конституції України недостатньо закріплені права роботодавців. Зі своїм сукупним економічним потенціалом вони зможуть відстояти свої права (для прикладу можна звернутися до практики невизнання міжнародних транснаціональних компаній суб'єктами міжнародного права. Від такого невизнання вони особливо не постраждали, проте створили свої настільки потужні канали впливу на державу, що останні "вигинаються перед ними, як кобра перед дудкою факіра"). Йдеться про те, чи доцільно їх і надалі не пускати в конституційне правове поле з його чітко визначеними правилами поведінки. Потрібно пам'ятати про одну закономірність: **чим більше держава не вважає на недержавний корпоративний сектор, тим оперативніше найбільш впливові та економічно стабільні компанії формують власні правові системи.** Для економічно слабких держав така тенденція може призвести до втрати їх незалежності. Щоб цього не сталося, розумно визначити їх права і обов'язки в Конституції.

Деякі терміни і визначення вжиті не тому, що вони закріплюють базові конституційні положення, а, як показала практика, застосування Конституції України – скоріше задля годиться: "найвища соціальна цінність", "держава відповідає перед людиною за свою діяльність", "вільний і всебічний розвиток особистості", "належні, безпечні і здорові умови праці", "достатній життєвий рівень", "достатнє харчування, одяг, житло", "ефективне і доступне для всіх громадян медичне обслуговування" та ін.

(6) Ці та інші **правові недосконалості чи ілюзії часто зустрічаються у проектах через низьке володіння їх авторами технологією і технікою правотворчості.** Досить багато проектів змін до Конституції писалися за спрощеною процедурою: прийшла ідея, записав, відправив або під впливом миттєвих потреб. Як показав аналіз окремих пропозицій, у них, хоча і не завжди, враховується економічний фактор, а в багатьох із них – тільки він. Іноді звертається увага на національний, демографічний, екологічний, соціокультурний та інші фактори, але, як правило, не системно, а у відриві від інших. Власне, **сама процедура підготовки таких пропозицій часто**

підпорядковувалася бюрократичним правилам і процедурам, без демократичного, гласного, прозорого їх оформлення.

Конституційна правотворчість – складний і багатовекторний процес формування взаємозалежних засад життєдіяльності людини, держави та громадянського суспільства. Наскільки він є непростим проаналізуємо на прикладі відповідності норм чинної Конституції соціальним реаліям, що склалися в суспільстві, в частині Розділу II "Права, свободи та обов'язки людини і громадянина". Більше всього пропозицій, проектів змін і доповнень до Конституції пропонувалося громадянами, політичними партіями, громадськими об'єднаннями, окремими політиками саме з питань відображення прав людини в Конституції України. Одні це робили в силу життєвої необхідності, в інших – як прояв турботи за стан з правами людини в країні, треті – просто задля власного PR. Незалежно від причин така зацікавленість у цій проблематиці вилилася у тисячі різних пропозицій і побажань. Їх потрібно було розглянути, проаналізувати і за можливості використати у проекті змін до Конституції.

Часто автори пропозицій підходили до прав і свобод в Україні на основі емоційного сприйняття і відповідного розуміння їх сутності і природи, чи під впливом певного порушення, хай навіть брутального, того чи іншого права у їх житті, або керуючись простим бажанням: щоб у нас було, як у Конституції держави, яка їм подобалася своїм добробутом чи правопорядком. У таких випадках перед ними здебільшого не стояло завдання з'ясувати: які з конституційних прав і свобод людини потребують змін чи доповнень і чому; як удосконалити механізм дотримання, підвищити ефективність реалізації і забезпечення необхідними гарантіями чинні конституційні права і свободи; чим краще формулювання права в їх проекті від того, що записано в Конституції; в який спосіб запропоноване нове (чи оновлене) право "виходитиме" на права і відповідальність держави та її органів, посадових і службових осіб, кожного із суб'єктів владних повноважень, які потрібні для його реалізації організаційні, фінансові, матеріальні та інші витрати, які мають бути передбачені державою та ін.

Як правило, пропозиції щодо змін умотивовувалися основними засадами чинної Конституції, як-то: права людини – вища соціальна цінність, вони не даровані державою, а такі, що зобов'язують, у т.ч. і державу, вони невідчужувані, недоторканні і такі, що не можуть бути обмежені наступними правовими актами та ін. Але як заходить про визначення механізму втілення цих засад у життя, то в переважній більшості проектів було видно, що таке питання не

⁸ Це й не дивно, адже як зазначалося в Конституції УРСР 1978р., головним завданням конституційного розвитку в Україні було "зберегти наступність конституційного розвитку нашої країни, ідей і принципів Конституції Української РСР 1919р., Конституції Української РСР 1929р. і Конституції Української РСР 1937р." (преамбула), а вони, як відомо, бачили статус людини таким: Конституція 1919р.: "Українська Соціалістична Радянська Республіка є організація диктатури працюючих і експлуатуємих мас пролетаріату і біднішого селянства..." п.32... з огляду інтересів робітничої класи в цілому У.С.Р.Р. позбавляє політичних прав окремі особи і окремі групи, які користуються цими правами на шкоду соціалістичної революції; Конституція 1929р.: "Виходячи з проголошених Жовтневою революцією прав трудящих й визискуваного народу..." (преамбула)... п.17. Керуючись інтересами трудящих Українська соціалістична радянська республіка позбавляє окремих осіб та окремі групи прав, що вони ними користувалися на шкоду інтересам соціалістичної революції". Конституція 1937р.: "Українська Радянська Соціалістична Республіка є соціалістична держава робітників і селян". Конституція 1978р.: "Українська Радянська Соціалістична Республіка... виражає волю й інтереси робітників, селян та інтелігенції..." Лише Конституція України 1996р. говорить про правовий статус людини як такої, а не як про представника певного класу чи прошарку, але знову-таки, коли йдеться про соціально-економічні права, то під працюючими здебільшого розуміються особи лише з одного боку "виробничого бар'єру" – дрібні, середні чи, тим більше, заможні власники з властивими їм правами в Конституції згадуються лише, якщо дуже ретельно шукати їх статус.



порушувалося. Іноді плутанина виникала в досить простих з правової точки зору питаннях, як, наприклад: зрозуміло, що ми маємо дотримуватися у сфері прав людини пріоритету міжнародних зобов'язань держави, але коли між положеннями договору і Конституції існує неузгодженість, то з чого слід починати – з ратифікації міжнародного договору чи з внесення змін до Конституції? Досить часто автори проектів бачили простий (якщо не спрощено-поверхневий) механізм реалізації, захисту і гарантій прав людини – закріплення більш жорсткої відповідальності держави, її органів, державних посадовців та ін.⁹ Така правова категорія, як позитивний обов'язок держави щодо забезпечення прав людини, його межі, форми і способи дотримання, в більшості проектів не розглядалася.

Практикою розвитку конституційних прав і свобод людини в зарубіжних країнах вироблено певні принципи, які лежать в основі статусу людини, серед яких можна виділити такі: права людини передбачені загальною людською сутністю, природою існування і життєдіяльності людини; права людини визначаються законом, але ними не можна з огляду на необхідність забезпечення закону зловживати, їх утримувати чи відмовляти в їх застосуванні; кожне право людини слід сприймати як таке, що забезпечує її гідність – рівну з гідністю іншої людини; права людини є взаємопов'язаними, взаємозалежними і, таким чином, неподільними та ін. У деяких проектах змін формулювалися “свої” принципи, які нерідко не лише не узгоджувалися, але й суперечили загально-визнаним правам людини. Окремі автори проектів не враховували, що існує межа конституційного регулювання і здатність Конституції активно впливати на розвиток людини, суспільства, держави і, як колись у Радянському Союзі, хотіли одразу “побудувати комунізм” у галузі прав людини, пропонували права людини несуттєві, швидкоплинні, взаємосуперечливі, такі, що не мають суспільно важливого значення або ж такі, прийняття яких сприяло б петрифікації (скам'янінню) суспільно-економічної, політичної і правової системи.

Теоретико-методологічні підходи до удосконалення Конституції (в частині прав людини)

Жодна конституція, якою б демократичною правовою держава не була, не може раз і назавжди дати повний перелік прав і свобод людини. Для цього слід передбачити наявне в чинній Конституції положення, що права людини не є вичерпними, можуть і повинні розвиватися, але без обмеження уже закріплених прав, що вони будуть доповнюватися новими правами задля удосконалення статусу людини в суспільстві і державі. Але тут виникає питання, як часто і скільки таких нових прав може вноситися до Конституції? Логіка підказує, що не більше, ніж то, що може забезпечити держава і чого нагально вимагають потреби розвитку суспільства. Не слід забувати, що тут йдеться про конституційні, а не будь-які права людини. З наявних

пропозицій впливали десятки, якщо не сотні нових “конституційних” прав. Серед них просто губилися і такі, над якими суспільство мало подумати, чи не на часі надати їм статус конституційних: право на екологічно чисті продукти харчування і предмети щоденного вжитку, право на одержання об'єктивної інформації і заборону дифамації (в т.ч. і в рекламі); право на обговорення і прийняття рішень на підприємствах і установах; право на обговорення і прийняття рішень щодо виробництва і технологій, які можуть завдати шкоди здоров'ю людини та ін.; ряд інших прав і свобод людини, зазначених у Хартії основних прав Європейського Союзу¹⁰, з огляду на наші наміри вступати до ЄС.

“Ахіллесовою п'ятою” проектів внесення змін чи прийняття нової Конституції є формулювання правових положень. Особливо це відчувається, коли йдеться про таку її частину, як права і свободи. З огляду на підготовлені проекти можна висловити такі побажання щодо формулювань. Вони мають бути:

- позбавлені декларативності, чи як-то формулюються політичні норми (межа між політичною і конституційною нормою іноді важко вловима, але її слід намагатися не переходити);
- формулювання мають бути лаконічними і такими, щоб їх легко було застосувати до умов і обставин, що змінюються, щоб їх легко було поширити і впорядкувати те нове (конституційного рівня і значення), що з'являється в суспільстві і державі і в правах людини;
- вони мають формулюватися так, щоб бути здатними виконувати нормативну функцію і не бути недіючим додатком чи прикрасою в Конституції;
- загальна система прав людини має бути такою, щоб покривати наявні чи такі, що можуть з'явитися, правові прогалини і дозволять здійснювати інтеграційну функцію у законодавстві;
- формулювання мають бути здатними охопити існуючі реалії і цінності в суспільстві і спрямувати розвиток права відповідно до розвитку суспільних цінностей, поглядів і домагань та ін.

Позитивним у багатьох конституційних проектах прав і свобод людини є прагнення оптимізації обмежень прав, змісту обов'язків, уточнення носіїв прав, свобод і обов'язків. Але в них, як правило, не звертається увага на удосконалення механізмів виконання обов'язків державними органами та посадовими особами. Наприклад, система судів загальної юрисдикції, їх роль, як і роль Конституційного Суду, мають бути такими, щоб безперешкодно наближувати Конституцію до потреб суспільства, охоплювати права людини на всіх стадіях їх реалізації. Суд повинен мати повноваження, в т.ч. і шляхом тлумачення заборонити практику порушення прав людини (правда, при цьому слід передбачити межу судової активності; інтерпретація права не може обмежувати чи загрожувати принципам демократичного суспільства) до законодавчого вирішення, якщо така практика законодавством не передбачена¹¹.

⁹ На відомий з кримінальної практики ефект, що збільшення переліку злочинів, за які передбачена смертна кара, пропорційно збільшує кількість таких злочинів – вони, очевидно, уваги не звертали.

¹⁰ Прийнята 7 грудня 2000р. в Ніцці.

¹¹ Наприклад, як-то було зроблено в США у 1954р. із заборonoю расової сегрегації, для упередження соціальних потрясінь суд має діяти подібним чином і в інших суспільно важливих ситуаціях.

Формуючи права і свободи в Конституції, особливо використовуючи міжнародні стандарти, важливо визначитися, що братимемо за основу: позитивні підходи, які превалювали в міжнародному праві до кінця Другої світової війни; ліберальне міжнародне право, яке утверджувалося після цього періоду і, власне, сформулювало основні права і свободи, дещо посунуло державу з її гранітно-суверенних постаментів, але виявилось нездатним виробити ефективні механізми реалізації таких прав і свобод; чи соціальне міжнародне право, яке утверджується сьогодні саме завдяки своїм спробам виробити та утвердити такі механізми.

Поки що в Україні ми маємо: в теорії – еkleктику всіх трьох напрямів; у законодавстві – позитивізм з ліберальним заграванням; у сфері реалізації прав і свобод – повне панування позитивістського бачення цих прав у викривлених інтерпретаціях сталінсько-брежнєвського періоду.

Враховуючи численні запропоновані проекти змін і доповнень до Конституції у частині прав і свобод людини, необхідно звернути увагу на такі аспекти.

Відсутність у чинній Конституції розділу “Громадянське суспільство” зняло буферні стримування впливу держави на людину, в т.ч., і агресивного характеру. Особливо, це очевидно у встановленні прожиткового мінімуму, мінімальної заробітної плати, визначеннях чи відмовах у соціальних допомогах та ін.

Оскільки людина лише в демократичному суспільстві може оптимально реалізовувати свої права і свободи, то, думається, варто повернутися в Конституції до уточнення ролі громадянського суспільства, зокрема, визначити:

- основні засади формування, розвитку і захисту громадянського суспільства;
- принципи пріоритету громадянського суспільства над державою;
- право, в разі необхідності, формувати власних уповноважених із захисту прав людини і неможливість державних структур обмежувати їх діяльність, якщо вона здійснюється згідно з законом;
- право приймати рішення, здійснювати громадське судочинство з суспільно-нагальних справ з прийняттям рекомендаційних висновків та ін.

Недоліком чинної Конституції слід вважати і безсистемний виклад прав і свобод людини. Думка, що в Конституції всі місця є рівноцінно важливими і не має значення, де буде зазначено те чи інше право людини, дуже часто спростовується правозастосовчою практикою, яка адекватно реагує не лише на непродумані формулювання положень, але й на непродумане розміщення їх в розділі (розділах) Основного закону.

Щодо системи викладу прав і свобод у Конституції, то слід врахувати, що в доктрині, та й у деяких конституціях, вони по-різному класифікуються:

1. (а) політичні, (б) економічні та соціальні, (в) культурні, (г) особисті (громадянські);
2. (а) першого покоління, (б) другого покоління, (в) третього покоління, (г) четвертого покоління;

3. (а) права особи, (б) права групи індивідів, (в) колективні права;

4. (а) абсолютні, (б) з передбаченими в Конституції обмеженнями, (в) закріплені на розсуд держави та суспільства;

5. (а) загальні права, (б) права нацменшин, (в) права корінних народів та ін.

У проекті змін до Конституції можна виходити як з одного критерію, так і оптимально їх застосувати в комплексі. Це ж стосується і їх розташування по розділах у проекті. Не ставлячи під сумнів, що в Конституції не може бути ієрархії розділів (хоч ця теза не безсумнівна, але залишимо її для наукових дискусій), ми маємо все ж таки визначитись, який розділ для нас є головним, а які мають слідувати за ним і в якому порядку. Скажімо, лівова частка всіх порушень прав людини, відсутності державних механізмів забезпечення їх реалізації, неефективність гарантій стосується того розділу, який у чинній Конституції названий “Місцеве самоврядування”. Але ні в ній, ні в проектах змін до неї чи проектах нової Конституції такі питання не порушуються зовсім.

Якщо виходити з основоположної конституційної засади, що “Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов’язком держави” (ст.3), то це має відчуватися і у структурі Конституції, викладу в ній основних положень. Виклад положень Конституції не завжди відповідає змісту і призначенню розділу, в якому вони викладені. У розділах, де превалюючими мають бути гарантії застосування і питання відповідальності за недотримання прав людини (III-XV), такі (положення щодо прав людини) або зовсім відсутні, або ж формулюються як декларації. В цьому контексті слід **переформувати виклад прав людини по розділах від Преамбули до Заключної частини за схемою: мета прав людини – соціально-економічні і політичні засади – юридична сутність – механізм реалізації – гарантії і відповідальність за порушення.** Зрозуміло, що мета має формулюватися в Преамбулі, основні засади – у відповідному розділі, як і суть права, а механізм, гарантії і відповідальність поелементно має бути відображено в розділах щодо державних органів з відповідною специфікою правових формулювань (дозвіл, зобов’язання, заборона) тощо. Зрозуміло, що це має бути зроблено не механічно, а в ряді випадків – кардинальними змінами, “переробленням” окремих положень Конституції. Так, наприклад, навряд чи в когось виникає сумнів, що сьогодні зовнішньополітична діяльність України, її міжнародно-правова позиція суттєво впливають на розвиток держави і суспільства в цілому. З правової точки зору, нинішні два конституційних положення (про те, що ратифіковані міжнародні договори є частиною національного законодавства і, що наша зовнішньополітична діяльність спрямована на забезпечення національних інтересів та безпеки за загально визнаними принципами і нормами міжнародного права) є вкрай недостатніми.

У сфері прав людини це вже сьогодні помітно відчувається, що:

(а) ми ратифікували десятки міжнародних пактів у галузі прав і свобод людини, не звернувши уваги



на те, що держава часто виявляється в ситуації, коли виконавши одну конвенцію, порушує іншу;

(б) наші застереження до конвенцій у сфері прав людини інколи суперечать як основному призначенню відповідної конвенції, так і принципу верховенства права в міжнародному праві;

(в) невідповідність українського законодавства Європейській конвенції з прав людини призводить до того, що Європейський суд з прав людини приймає пілотні рішення, в яких зобов'язує Україну приймати відповідні закони і в певний строк. Це, звичайно, суттєво понижує престиж парламенту держави.

Зрозуміло, що Конституція не є довідником з прав людини, але окремі її положення у цій сфері слід конкретизувати, “розшифрувати”. Потрібна не лише назва: “принципи верховенства права”, “принципи законності”, “принципи пропорційності” чи назва конкретного права (наприклад, ст.48 “Кожен має право на достатній життєвий рівень”). Потрібно стисло сказати, що це таке і які позитивні обов'язки держави забезпечать її дотримання. Особливо це важливо, як вже зазначалося, там, де формулюються соціальні права: там панує стихія ілюзій і обіцянок.

Варто також висловити деякі побажання методологічного характеру на прикладі відображення у проекті змін до Конституції України прав і свобод людини.

З точки зору правової логіки, викладення матеріалу у сфері прав і свобод людини можна виділити чотири основних підходи.

1) Преамбула – формулюються основні фундаментальні ідеї, які мають пронизувати весь текст Конституції і на яких базуються всі її положення. В контексті прав людини достатньо буде згадати три основоположні імперативи: гідність людини, демократія, верховенство права.

У формулюваннях розділів Конституції та їх змісту слід домагатися їх більшої відповідності завданням.

Тріада: “народ – людина – держава”, в якій держава для народу та людини (не людина, а народ вирішує основоположні проблеми держави задля блага людини) має впливати не лише на розташування матеріалу в Конституції, але й на формулювання її положень, на їх взаємозв'язок і взаємодію. Остаточний текст документа має давати відповідь на питання, що це: “Основний Закон України від імені Українського народу”, “Основний Закон українського народу”, “Конституція держави”, чи “закон про поділ влади і визначення їх повноважень”?

2) Загальні засади: визначення основних складових, на яких розбудовуватимуться усі наступні конституційні розділи. Що стосується прав і свобод людини, то вони мають бути такими, що розкривають суть основних імперативів преамбули і формулюють основоположні правові принципи розбудови системи прав і свобод людини в державі, визначають, яким має бути механізм захисту цих прав, деталізації якого присвячені наступні після “Загальних засад” розділи Конституції. На жаль, техніка викладу таких засад стосовно прав і свобод людини в

чинній Конституції мало чим відрізняється від того, як пишеться її преамбула. Такі положення, як “людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визначаються в Україні найвищою соціальною цінністю”; “Права і свободи людини та їх гарантії визначають у змісті спрямованість діяльності держави”; “Держава відповідає перед людиною за свою діяльність” та ін. звучать пишномовно, але, як показала практика, суб'єкти владних зобов'язань в Україні так і не зрозуміли, до чого вони їх зобов'язують. Тут, очевидно, слід надавати перевагу основним політико-правовим, а не філософським засадам.

3) Права, свободи та обов'язки людини і громадянина. Основна, суто юридична (не політична, не декларативна, не засаднича, не міфологічна і т.п.) частина Конституції, яка дає головний перелік **конституційних** прав людини, їх зміст, сферу застосування і де без цього не можна обійтися, мінімальні стандарти можливих обмежень. Для цілей і положень цієї Конституції України достатньо звіряти, як з моделями, яким необхідно слідувати – з Європейською конвенцією з прав людини 1950р. та з Хартією основних прав людини Європейського Союзу та ін.

4) Механізм реалізації, гарантії забезпечення прав людини має бути розкритий в наступних розділах Конституції (в чинній Конституції він не проглядається).

- в Конституції України слід більш вимогливо ставитися до застосування термінів, особливо, коли вони не є синонімічними. Наприклад, знову ж таки звернемося до Преамбули, в ній йдеться про “український народ”, “українську націю”, “народ”, “громадян України всіх національностей” і т.п. Але таке рясне вживання слова “український” справляє враження, що когось хочуть переконати в тому, в чому не були переконані самі.

Президент України “обстоює права і свободи громадян” “в інтересах усіх співвітчизників”, але теж саме він має робити і в інтересах іноземців і осіб без громадянства, які за Конституцією України користуються тими самими правами і свободами. То, може краще, щоб він обстоював права і свободи не тільки “громадян” і не тільки “в інтересах співвітчизників”?

В історії України був такий випадок, коли український Президент написав резолюцію на листі покійного В.Чорновола: “Вирішити в інтересах громадян України”, а Європейський суд з прав людини потім визнав це порушенням прав людини. Президент у межах юрисдикції держави України має захищати інтереси всіх людей, а не лише громадян України чи їх співвітчизників.

Якщо Конституція прийнята, і в якоїсь гілці влади виникає сумнів в її положенні, то тут прямий “порадник” Конституційний Суд, а не наукова доктрина. Інша справа, коли йде підготовка проекту Конституції. Тут вагоме слово мають сказати і вітчизняні вчені, і зарубіжні експерти. Втім, щодо останніх, то тут ми також маємо проявляти розум, а не емоції. Ми маємо виходити з того, що різні висновки, коментарі шанованих авторитетних міжнародних інституцій (Венеціанської Комісії,

незалежних експертів та ін.) слід максимально враховувати в нашій роботі над проектом хоча б для того, щоб уникнути нових помилок чи двічі не наступати та “ті ж самі граблі”. Але ми не повинні забувати, що ми готуємо проект Конституції України, а не виробляємо проект Конституції європейської спільноти. Отже, щоб не втратити національної самобутності, щоб не створити документ, в якому зібране все найкраще в конституційному праві, але який не працюватиме в Україні через неузгодженість його складових чи невідповідність конституційних положень і реалій життя, ми маємо уважно проаналізувати пропозиції і рекомендації, які нам висловлюють.

Наприклад, пропозиції проекту висновку, прийняті Венеціанською комісією 12-13 червня 2009р. і запропоновані Україні, не можуть сприйматися без обговорення і застережень.

Як наприклад: “Положення про те, що громадянин України не може бути вигнаний або виданий іншій державі, можуть спричинити проблеми у зв’язку з міжнародними зобов’язаннями України на підставі Римського статуту”. Автори проекту переплутали заборону видання або вигнання свого громадянина іноземній державі і передачу свого громадянина під юрисдикцію міжнародної судової установи. Перше, щодо своїх громадян суверенне право держави, а щодо іноземців за певних підстав навіть заборонено міжнародним правом¹².

У другому випадку, на якому наголошують експерти, йдеться про здійснення функцій і повноважень (юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на території держави-члена Римського статуту (чи за спеціальною угодою на території будь-якої іншої держави)). Юрисдикція така надається у випадку чітко визначених злочинів (геноцид, злочини проти людства, воєнні злочини і злочини агресії) і передбачено це з метою застосування єдиних стандартів засобів покарання до злочинців держав-членів Статуту та ін. При цьому слід чітко дотримуватися норм національного законодавства¹³.

У всіх таких випадках йдеться не про “вигнання” чи “видання”, а про “передачу” свого громадянина під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду. Це жодним чином не зачіпає право держави не видавати і не виганяти своїх громадян до іншої держави: тут слід говорити про її обов’язок.

Деякі міркування щодо покращення відображення статусу прав людини у проекті змін до Конституції

Преамбула

1. Слід більш чітко сказати про права і свободи людини, оскільки “дбаючи про забезпечення прав і свобод людини” – то є звуження їх значення. Формула Преамбули має стосуватися всіх органів і ситуацій з правами людини, про які йтиметься у наступних розділах. Вона має відображати гарантії утворення, зміцнення захисту, елементи відповідальності та обов’язку щодо цих прав і свобод.

2. Гідність людини не слід зводити лише до “гідних умов її життя”. Це має бути основоположна засада Преамбули.

3. Слід сказати про “рішучість захищати демократію і верховенство права”.

Загальні засади

1. Виклад статей підпорядкований завданням і логіці “Загальних засад”, але він занадто політико-декларативний. У результаті майже всі статті “зависли” над реальністю: єдине громадянство (ст.4) активно доповнюється подвійним громадянством на практиці; поділ влади на законодавчу, виконавчу і судову (ст.6) і успішний розвиток законодавчих функцій виконавчої гілки влади; проголошується принцип верховенства права (ст.8), а його в кращому випадку розуміють і застосовують як принцип верховенства закону; місцеве самоврядування гарантується (ст.7) і не більше. Розробники проекту змін до Конституції України мають принаймні зменшити декларативність положень статей, що стосуються прав людини (знову ж таки, особливо це характерно для соціальних прав).

2. Статті слід розташувати більш системно. Нинішній варіант Конституції подає питання держави, потім людини, потім знову повертається до держави, згодом знову згадує людину; а між цим включає треті елементи і компоненти.

3. Враховуючи очевидні зміни в суспільстві, необхідно більш чітко висловитися: щодо рівності (з причин очевидного та активного розмежування в суспільстві), культурної, релігійної і мовної багатоманітності (ст.11 Конституції вже почали підправляти законами і не так, як це передбачено у статті, що є не припустимим); недостатньо всі соціальні проблеми суспільства “замикати” на визначенні: “Україна є ...соціальна ...державна”; питання солідарності працюючих у Загальних засадах заторкнуті лише опосередковано; звернення людини і громадянина до Конституційного Суду не гарантуються (як і право на справедливий суд).

Розділ “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина”

1. Необхідно узгодити статті з Розділом “Загальні засади”. Наприклад, положення “Норми Конституції України є нормами прямої дії” (ст.8) важко реалізувати на практиці за тих формулювань норм, які вміщені в цьому Розділі; соціальна спрямованість прав людини не відображена в “Загальних засадах” і декларативно проголошена в Розділі II та ін.

2. Реалізація 35 статей Розділу II (всього 41 стаття) фактично поставлена в залежність від “підстав і порядку, встановлених законом”. За таких умов ці статті перестають бути конституційними (що і підтверджує практика), а положення про їх пряму дію перетворюється на фікцію.

3. Краще дотримуватися термінології тих міжнародно-правових актів, за якими ми взяли на себе зобов’язання. Це позбавить багатьох питань

¹² Див., наприклад, ст.1 Протоколу №7 Європейської конвенції з прав людини 1950р. і численні рішення Європейського Суду з прав людини на основі ст.ст.3, 6 п.1, 8, 35 та ін., ст.13 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права 1966р., ст.33 Конвенції про статус біженців 1951р. та багато інших міжнародно-правових актів, зобов’язання за якими взяла на себе Україна.

¹³ Це робиться зокрема з метою запобігти таким випадкам, що трапився у взаєминах Вірменії, Угорщини та Азербайджану. Угорщина видала Азербайджану засудженого за злочини, пов’язані в т.ч. і з Вірменією. Азербайджан попросив видати злочинця для відбування покарання на батьківщині, а домігшись цього, звільнив його, ще й нагородив.



у правозастосовчій практиці. Наприклад, коли ми зобов'язалися заборонити дискримінацію у будь-яких її проявах, то так слід зазначати і в Конституції, а не замінювати неадекватними термінами “привілеї чи обмеження” (ст.24); якщо зобов'язалися гарантувати “свободу думки, совісті і релігії”, то не варто їх замінювати “свободою світогляду і віросповідання” (ст.35), а “свободу вираження поглядів” “свободою думки і слова” (ст.34). Тут йдеться не про просте неспівпадіння свобод, а про обмеження їх сфери дії і обсягу прав і т.д.

4. Потрібно привести зміст положень Конституції у відповідність до тих, яких ми зобов'язалися дотримуватися за міжнародними угодами, чи тих, які діють у тих міжнародних організаціях, до яких ми плануємо вступити і до яких нас не приймуть без приведення у відповідність чинної Конституції. Так, порівняно з Європейською конвенцією з прав людини і “привілеями чи обмеженнями” Основного закону в Конституції України відсутня заборона дискримінації за ознаками: релігії (дається лише стосовно “релігійних переконань”), національного походження (дається щодо етнічного походження), належності до національних меншин і народження (це ставить під питання забезпечення народження *in vitro* і завдяки сурогатному материнству та ін.). Ще більше невідповідностей положень Конституції України з тими, що містять Хартія основних прав Європейського Союзу: в Конституції заборонена дискримінація за “релігійними, політичними та іншими переконаннями”, в Хартії йдеться про переконання і погляди – то є два різні прояви дискримінації, а тому і подаються окремо критерії за ознаками: релігії, переконань, політичних та інших поглядів. У Конституції відсутні такі заборони дискримінації, на які вказує Хартія: за генетичними характеристиками, належності до національних меншин, походження, обмеження працездатності, віку, сексуальної орієнтації. Вважати, що термін “за іншими ознаками” замінює їх – не коректно, оскільки на сьогоднішній день суд України не віднесе до “за іншими ознаками” сексуальну орієнтацію.

5. Соціальні права в Конституції закріплені (майже всі) як декларації, що робить Основний закон легко уразливим. Тут потрібен концептуально інший підхід. Оскільки ми змушені будемо приєднатися до соціальних хартій, кодексів і конвенцій Ради Європи, то бажано вже зараз закріпити в Конституції рівень і форму забезпечуваності соціальних прав (на сьогодні наше законодавство суттєво відстає, навіть у тих сферах, де ми мали переваги: право на працю, на освіту, на охорону здоров'я, на соціальне забезпечення та ін.). Знову таки особливо невідповідність у гарантіях соціальних прав є помітною, коли порівняти Конституцію України і Хартію Європейського Союзу, де перша поступається майже з усіх показників.

6. У Конституції досить полегшено формулюється свобода розсуду держави при обмеженні прав. Наприклад, якщо Європейська конвенція з прав людини допускає можливість втручання у здійснення права на повагу до свого житла лише задля чітко перерахованих цілей на підставі закону і коли такі дії є необхідними в демократичному суспільстві, то в Конституції такі цілі не визначаються зовсім. Про необхідність у демократичному суспільстві таких

дій не йдеться і всі обмеження будуються на єдиному критерії-законі. Не дивно, що всі порушення права на недоторканність житла, які визнав Європейський суд з прав людини в українських справах, чинилися на підставі закону.

Така ж широка, ніким і нічим не контрольована свобода дій державних агентів закріплена в Конституції і щодо інших прав людини.

Це дуже часто призводить до конфлікту Конституції і міжнародних зобов'язань України. У Європейській конвенції з прав людини можливість обмеження свободи думки та ін. передбачена лише в чотирьох випадках: (1) в інтересах громадської безпеки; (2) для охорони публічного порядку; (3) для охорони здоров'я чи моралі і (4) для захисту прав і свобод інших осіб. У Конституції України до цих випадків додано: (5) національну безпеку; (6) територіальну цілісність; (7) запобігання заворушенням і злочинам; (8) захист репутації інших; (9) запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно і (10) підтримка авторитету та неупередженості правосуддя. **Таких і такої кількості обмежень не знає законодавство демократичних держав навіть на випадок воєнного стану.**

Нерідко обмеження подаються за формулою: “за винятком обмежень, які встановлюються законом”, без визначення тих сфер, в яких це можна робити на підставі закону. Таким чином обмеження стають необмеженими.

7. За час з прийняття Конституції України багато держав внесли до своїх Основних Законів ряд нових прав людини конституційного рангу (права людей похилого віку та інвалідів, у сфері соціальної реабілітації, інформатики, управління, захист прав споживачів, захист особистих даних та ін.), які слід проаналізувати на предмет можливого доповнення до проекту нової Конституції і надання їм конституційного статусу.

Потрібно вирішити, де мають бути і чи мають бути такі заборони та зобов'язання, як, наприклад: заборона відступу від положень Конституції (як у законах, так і в правозастосуванні); заборона тлумачити Конституцію в обмежувальному сенсі чи так, що завдають збиток правам людини і основним свободам у відповідній сфері їх застосування; заборона торгівлі людьми та органами; заборона використання дитячої праці та ін.

Розділи III-XV

1. Вказані розділи мають утверджувати основи повноважень органів влади в забезпеченні проголошених прав людини, основні засади механізмів їх реалізації, гарантії дотримання і поновлення порушених прав і свобод. Сьогодні маємо лише декларативні, формальні положення: Верховна Рада України визначає права і свободи та їх гарантії; права корінних народів і національних меншин; призначає і звільняє Уповноваженого з прав людини і лише заслуховує його доповіді. Президент України є гарантом прав і свобод і зобов'язується їх обстоювати. Кабінет Міністрів України вживає заходів щодо забезпечення прав і свобод, а місцеві державні адміністрації забезпечують додержання цих прав. Суд зобов'язаний забезпечити лише право на захист у суді, а про право на справедливий суд не йдеться. Для місцевого



самоврядування права людини – сфера не обов’язкова¹⁴. Конституційний Суд України для громадян у плані захисту їх прав і свобод залишається структурою практично закритою. Не йдеться про перетворення Конституції на звичайний закон, але основні важелі гарантій дотримання прав і свобод, повноважень державних органів у цій сфері та їх відповідальності за формальне ставлення до таких повноважень мають бути визначені.

Очевидно, що низка пропонованих ідей може бути реалізована в новому всеохоплюючому конституційному процесі.

У процесі опрацювання тексту Розділу II Конституції України на предмет його удосконалення Робоча група дійшла наступних висновків.

1. У чинній Конституції досягнуто значного прогресу у відході від позитивістських постулатів Конституції (Основного закону) України 1978р. Разом з тим, визнано, що в ряді випадків етатичний підхід до прав людини залишився. Фактично перерахувавши в Розділі II Конституції України майже всі права людини, яких Україна зобов’язувалася дотримуватися за міжнародними договорами. Навряд чи можна вважати це доцільним, адже для більшості з таких прав достатньо було законодавчого їх забезпечення. Про це законодавець потурбувався, записавши у ст.9 Загальних засад Конституції України, що чинні міжнародні договори, на обов’язковість яких для України погодився парламент, є частиною національного законодавства. При цьому творці Конституції вилучили з них основний імператив: права людини не є такими, які октройовані їй державою, як-то вважалось в юриспруденції в XIX – I половині XX століть.

Практично весь Розділ II Конституції України побудований за схемою: держава є визначальницею, а права людини – результатом визначення держави. Якщо системно розглядати весь Розділ II Конституції, то і положення ст.3 Загальних засад (“Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави”) доведеться розуміти так, що нічого не може бути в правах людини поза межами діяльності і контролю держави. І хоч подальша теза Конституції говорить, що “держава відповідає перед людиною за свою діяльність” то, оскільки вона порушує фактично передбачену залежність людини від держави, на

жодну із гілок влади (реальних реалізаторів волі держави) така відповідальність не покладена. Так, парламент відповідає за призначення на посаду та звільнення з посади Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, заслуховує його щорічні доповіді (п.17 ст.85 Конституції), відповідає за прийняття законів (п.3 ст.85 Конституції України), якими нерідко обмежує людину в її правах чи навіть порушує її конституційні права. Президент України зобов’язується “обстоювати права і свободи тільки громадян” (ст.104 Конституції), чим порушує ст.21 Конституції України, за якою “усі люди є рівні у правах”. Хоча “права і свободи людини і громадянина захищаються судом” (ст.55 Конституції), фактично вони зведені до права звернутися до суду, а права на справедливий суд Конституція України не передбачає.

За логікою викладення положень Розділу II Конституції України, законодавець відредагував на краще і доповнив главу 6 Конституції (Основного закону) України 1978р. “Основні права і обов’язки громадян України”, “заховавши” чи не в кожную статтю чинної Конституції України державний контроль, державний дозвіл, державне обмеження і можливість прийняття будь-якого рішення у сфері прав людини шляхом державного закону.

Про етатичний характер викладення положень Розділу II Конституції України можуть говорити такі дані.

У 48 статтях Розділу II “Права, свободи та обов’язки людини і громадянина”:

(а) у 58 випадках виконання положень, які стосуються прав людини, вони обумовлені законом за різними термінологічними мотиваціями:

- на підставі закону – 17 разів;
- визначені законом – 8 разів;
- відповідно до закону – 7 разів;
- на законних підставах – 5 разів;
- забороняється в т.ч. законом – 4 рази;
- кожний по 3 рази: “передбачені законом”, “захищені законом”, “обмежені законом”;
- незаборонені законом – 2 рази;
- кожний по 1 разу: “рівні перед законом”, “уповноважені законом”, “попередній дозвіл”, “переслідуються законом”, “в законному порядку” і навіть абсолютно незаконне – “з урахуванням необхідності”;

(б) у 47 випадках права людини пов’язані, обумовлені чи поставлені в залежність від волі держави (з них 4 рази – від органів державної влади, посадових і службових осіб);

(в) у 41 випадку права людини всупереч положенню ст.21 Конституції України зведені лише до прав “громадян”, тож знову таки це тільки підкреслює правовий зв’язок відповідних прав особи з державою;

¹⁴ Для порівняння: питання демократії, прав і свобод людини для Конгресу місцевих і регіональних органів влади Ради Європи є чи не основними.

¹⁵ Загалом для підготовки проекту для обговорення громадськістю Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо прав людини)” було проведено 44 протокольних засідання і п’ять після підготовки; додатково пропозиції і рекомендації громадськості стосовно проекту обговорювалися між членами Робочої групи в телефонному режимі та за допомогою електронних засобів зв’язку.

¹⁶ Див.: Право України, №10, 2015р.

¹⁷ Пропозиції надійшли з Одеської, Миколаївської, Вінницької, Кіровоградської, Харківської, Сумської, Житомирської та ін. областей.



(г) у державах розвинутих демократій та й за міжнародними стандартами в конституціях на людину покладаються два основні обов'язки: (1) дотримуватися Конституції і законів, і (2) платити податки. В Розділі II Конституції України обов'язки згадуються – 19 разів;

(д) нібито для того, щоб підкреслити, що права людини не можуть мислитись без держави, в Розділі II Конституції України – 13 разів йдеться про можливі обмеження (в різних варіантах: звуження, відчуження, обмеження сфери дії та ін.) і лише в 11 випадках – про гарантії з боку держави (хоч кількість прав проголошено в 4 рази більше).

Виходячи з цих показників, Робоча група вирішила підійти концептуально інакше до Розділу II Конституції України: назвати його “Права людини” і покласти в основу всіх прав людини не ставлення до них держави і суб'єктів владних повноважень і розуміння ними цих прав, а – гідність людини. Саме під кутом зору поваги до гідності людини викладена вся система прав проекту Розділу II Конституції. При цьому, Робоча група вирішила зробити суттєвий крок до урівняння з правами громадян всіх осіб, які не є громадянами України. Незначна різниця залишилася, але лише в тих випадках, коли Україна, на думку Робочої групи, ще не готова урівняти в правах з громадянами негромадян, або коли покладення відповідних обов'язків на негромадян порушуватиме міжнародні зобов'язання України (право громадян бути членами політичних партій, право громадян брати участь в управлінні державними справами і право доступу до державної служби, право громадян на безоплатну вищу освіту (хоч тут рамки розширені для інших, прирівнених до громадян, осіб), на навчання рідною мовою чи на вивчення рідної мови, на користування об'єктами державної власності, заборона позбавлення громадянства України, право громадян (тут також рамки розширені для інших прирівняних до громадян осіб) на соціальний захист, обов'язок громадян захищати Вітчизну і відбувати військову службу).

2. Робоча група зазначає, що Розділ II чинної Конституції України в цілому відповідає європейським стандартам прав людини і тим міжнародним зобов'язанням, які взяла на себе Україна. Водночас, у чинній Конституції майже кожне з проголошених прав законодавець досить часто прагне “обставити національними особливостями”, але чомусь лише там, де йдеться про обмеження, звуження прав, відчуження, розширення обов'язків чи свободи розсуду держави.

Робоча група не вбачала в посиленні механізмів контролю держави над правами людини прояв “національних особливостей” чи намагання зберегти національні традиції, а досить часто тлумачила такі положення в чинній Конституції, як відступ від міжнародних стандартів і міжнародних зобов'язань України. Саме тому практично в усіх правах, які закріплені в Конституції, Робоча група привела існуючі “обмеження”, “звуження” і т.п. відповідно до наявних міжнародних стандартів, а такі широкі повноваження держави обмежувати людину в її правах як “у невідкладних випадках”, “можливий

інший порядок” і т.п. вилучено з проекту Розділу II. З цією ж метою Робоча група змінила спрямування в частині заборон з реалізацією людиною її прав на визначення можливостей держави стосовно правомірних випадків перешкоджати цій реалізації.

3. Особливу проблему у виробленні Робочою групою змін до Розділу II чинної Конституції становили т.зв. **соціальні права**. З одного боку, ст.22 Конституції забороняла Робочій групі “скасовувати” чи “звужувати” закріплені права, а з іншого – такі права як “право на працю” (ст.43), “право на відпочинок” (ст.45), “право на житло” (ст.47), “право на соціальний захист” (ст.46), “право на охорону здоров'я” (ст.49) та ін., в ній викладені як пропагандистські побажання, яких держава, не дивлячись на те, що чи не в кожній із таких статей продекларовані гарантії, не здатна виконати в такому обсязі, як це записано. Не дивно, що саме в декларації таких прав частіше за все зустрічаються обумовленості: “відповідно до законів”, “визначається законом”, “встановлюється законом” і т.п., що дає можливість державі “заховатися” за такі уточнення, які, як правило, зводять до мінімуму, а то й зовсім нівелюють такі права на етапі їх дотримання. Держава виходить щедрою у проголошенні прав і все робить, щоб їх дезавувувати, не дотримуючись прав людини хоч б мінімально.

Виходячи з ситуації, що склалася, Робоча група переглянула всі конституційні положення щодо соціальних прав і, не вилучаючи цих прав з Конституції, сформулювала їх у такий спосіб, щоб можна було реально реалізувати і щоб з держави не знімати посиленої позитивної відповідальності за їх забезпечення.

4. Разом з тим, технологія прийняття рішень у Робочій групі (метод голосування більшості від присутніх), а також обумовлені указом Президента в затвердженому Положенні про Конституційну Комісію її права і завдання, не дала можливості уникнути ряду існуючих у Розділі II Конституції недоліків, а в окремих випадках додати ще й нові. В проекті до Конституції через неможливість скасування і обмеження прав чинного Основного закону залишився надто великий перелік прав людини, що значно ускладнюватиме здатність держави їх забезпечувати чи нести по ним позитивну відповідальність. Така ситуація склалася частково й тому, що розробники чинної Конституції виходили з того, які права людини проголошені в зарубіжних конституціях і в чинних міжнародних договорах, такі і треба врахувати та закріпити (практично всі без винятку) – у вітчизняній Конституції. Це робить Основний закон не власне Конституцією, а списком-енциклопедією існуючих прав людини у світовому співтоваристві періоду XX-початку XXI століть. Говорити ж про те, що якимось із конституційних прав внесене до Конституції України, тому що воно відбиває національну самобутність українського народу, не видається можливим.

Разом з тим у проекті змін і поправок до Розділу II чинної Конституції Робоча група доклала зусиль для зниження конституційного характеру Основного закону. Так, наприклад, у сучасних конституціях держав і основних міжнародно-правових пактах з прав людини, як правило, закріплюється

7-9 критеріїв, за якими забороняється дискримінація, а решта включаються до рубрики “та інших” (наприклад: у Конституції ФРН – 8 критеріїв, Конституції Іспанії – 5, конституціях Швейцарії і Фінляндії – 9, Конституції Бельгії – 2, Конституції Нідерландів – 5) і т.д. – решта заборон входять до рубрики “та інших”; в міжнародних пактах з прав людини (Європейській конвенції з прав людини, Протоколи №12 до цієї Конвенції – вказується 11 таких критеріїв, в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права та Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права – 10, решта критеріїв віднесені до “та інших”).

У чинній Конституції України таких ознак критеріїв-заборон вказано 9, решта віднесено до “та інших”. Але не дивлячись на те, що Закон України “Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні”, інші закони та чинні кодекси України значно розширюють перелік таких критеріїв-заборон, що якраз і розкриває зміст положення “та інших”, більшість членів Робочої групи затвердили в проекті змін до Конституції список із 16 критеріїв-заборон дискримінації, далі продовживши його терміном “та інші ознаки”, оскільки вважали, що всі вказані критерії вкрай необхідно назвати в Конституції.

Не вплинув і той аргумент, що суттєві, численні переліки різних ознак і критеріїв у конституції держави не завжди є показником високої професійної конституційної правотворчості. Коли ПАРЄ прийняла Резолюцію №1474 від 26 вересня 2000р., в якій записала: “п.1 Додати сексуальну орієнтацію в перелік ознак дискримінації, забороненої Конвенцією про захист прав людини і основних свобод”, розробники Протоколу №12 до Конвенції визнали таку рекомендацію юридично некоректною і, зокрема, зазначили в офіційному поясненні: “п.20. Вміщений у статтю 1 Протоколу перелік ознак для недопущення дискримінації ідентичний переліку, який містить стаття 14 ЄКПЛ. Такому рішенню була надана перевага перед іншими, такими як включення в перелік ряду додаткових ознак (наприклад, фізична та розумова неповноцінність, сексуальна орієнтація або вік), не через відсутність розуміння, що такі ознаки стали сьогодні в суспільстві особливо важливими, порівняно з тими, що були під час редагування статті 14 ЄКПЛ, а тому, що таке включення з правової точки зору не потрібно, оскільки список ознак є незавершеним”.

5. Ряд недоліків підготовленого проекту змін до Розділу II Конституції України можна пояснити тим, що Робоча група була уповноважена працювати лише над цим Розділом, не виходячи на Преамбулу, Загальні засади та ін. Оскільки всі положення в Конституції мають бути викладені системно від Преамбули до Перехідних положень, то виявилось, що ряд пропозицій проекту Розділу II можуть бути реалізовані при внесенні системних змін до інших розділів Конституції, які потребують затвердження всеукраїнським референдумом, що сьогодні, з відомих причин, неприйнятно.

Уже зараз зрозуміло, що запропонований проект змін до Розділу II Конституції України не в усьому буде узгоджений з Розділом I “Загальні засади”,

викладеного в Конституції не системно (спочатку вирішується питання держави, потім прав людини, далі знову повертаємося до держави, згодом знову згадуємо людину), декларативно (особливо там, де йдеться про поділ влади, громадянство, гарантії місцевого самоврядування, верховенство права, яке в чинному Розділі II зведено до верховенства закону над Конституцією (так, наприклад, у частині положення ст.17 Конституції йдеться: “На території України забороняється створення і функціонування будь-яких збройних формувань, непередбачених законом” – недотримання цієї заборони в Конституції і дозвіл шляхом прийняття закону не тільки призвели до окупації частини території України, а й до того, що такі формування почали дозволятися окремим фізичним особам і т.д.)).

Відсутність єдиної концепції Конституційної Комісії зумовило те, що навіть там, де робочі групи Конституційної Комісії могли вносити зміни до Основного закону – вони робили це не завжди узгоджено.

Так, наприклад, Робоча група з питань прав людини закріпила у своєму проекті право людини на справедливий суд, а **Робоча група з питань правосуддя** (не реагуючи на заперечення Робочої групи з питань прав людини) у своєму проекті **право людини на справедливий суд** свідомо обмежила лише **правом людини звернутися до суду** (так закріплено в чинній Конституції), **ігноруючи численну критику цього положення в чинній Конституції України з боку міжнародних експертів і установ.**

Закріплене в проекті змін до Розділу II Конституції України право звернення громадян до Конституційного Суду України (ст.54 проекту) фактично нівельоване у проекті Робочої групи по судочинству (а згодом у проекті Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо судочинства)” Президента України), який вимагає (ст.151¹), щоб особа, “яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України” зверталася до Конституційного Суду України, лише після того, як “всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпає”. Це не тільки ставить певні органи, на які Конституція покладає захист прав людини, над судом і його остаточним рішенням, але й нівелює саме право звернення до Конституційного Суду України як таке. Оскільки цей Суд може визнати справу неприйнятною через те, що особа не звернулася перед тим, як подати заяву до Конституційного Суду, до Президента, щоб той призупинив дію правового акта, який суперечить Конституції і передав справу до суду для остаточного вирішення; до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, який згідно із законодавством “має захищати законні права окремих громадян і суспільства в цілому щодо забезпечення верховенства права і справедливості” і т.ін. Тобто за умов, що людина після остаточного рішення суду в її справі може звернутися до Конституційного Суду України лише “після вичерпання всіх інших національних засобів національного захисту” (до того ж вони, “всі інші”, законодавчо невизначені), можна віднести таке право до ще однієї декларації.



ВИСНОВКИ

Конституційні права і свободи людини слід розглядати як мінімальний перелік основоположних можливостей людини, за забезпечення яких мають відповідати: держава і її органи, державні посадовці, усі суб'єкти демократичного (громадянського) суспільства. Оскільки, як показує практика, переважна більшість порушень у сфері прав людини могли б бути упереджені за умов вжиття належних попередніх заходів державних органів і посадових осіб, а чинна Конституція обмежується лише їх політичною відповідальністю, то необхідно передбачити в Конституції адміністративну і кримінальну відповідальність за бездіяльність чи діяльність з порушення Конституції і законів відповідних суб'єктів.

Конституція має зняти перепони для громадськості в контролі за реалізацією і за несення відповідальності за негативні наслідки реалізації прав і свобод людини аж до права звернення в судові установи з заявою на протиправну діяльність у цій сфері державних установ і їх посадовців. Державні посадовці, з вини яких сталося порушення конституційних прав і свобод, мають нести адміністративну відповідальність (аж до заборони на певний період працювати в державних органах і установах) чи кримінальну відповідальність у відповідності з законодавством.

З метою розширення можливостей впливу на дотримання прав і свобод в Конституції слід надати основним його структурним ланкам (наприклад, найбільш представницьким об'єднанням профспілок) права: законодавчої ініціативи, конституційного подання до Конституційного Суду України щодо відповідності Конституції нормам законодавства, представництва інтересів застрахованих осіб в управлінні Фондами загальнообов'язкового державного страхування, право доступу організацій громадянського суспільства до офіційних документів та іншої інформації про діяльність органів державної влади і місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів владних повноважень та ін.

Конституція має закріпити міжнародно-правові стандарти (зокрема, стандарти Ради Європи) в частині можливостей впливу українського суспільства на досягнення безперешкодної реалізації прав і свобод людини.

При закріпленні прав і свобод людини (особливо, політичних в частині допустимих обмежень, економічних, соціальних, культурних, екологічних) в Конституції мають бути визначені позитивні зобов'язання держави щодо забезпечення кожного з таких прав. Крім того, у розділах III-XV чинної Конституції України слід більш чітко і конкретно визначити функціональні обов'язки відповідних державних органів і місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, інших суб'єктів владних повноважень стосовно забезпечення та захисту прав людини і громадянина.

Конституція має передбачити: право людини звертатись до судових органів за захистом своїх прав, у т.ч. – до Конституційного Суду України, право на справедливий суд та інші життєво необхідні права на захист її прав; рівні можливості громадян і негромадян, ефективні механізми

допомоги соціально незахищеним та іншим особливо вразливим групам населення.

Аналіз підготовленого Робочою групою проекту внесення змін до Розділу II Конституції України показує, що зроблено суттєвий крок до наближення конституційних положень до міжнародних стандартів. Разом з тим, підтверджується справедливості позиції Робочої групи щодо громадського обговорення проекту по регіонах і в ЗМІ, продовження експертного обговорення складних положень проекту (ті, які пройшли таке обговорення після підготовки проекту, дозволили внести зміни до запропонованого права на освіту), на сьогодні йде обговорення правомірності включення в Конституцію посилення на мораль як на критерій обмежень прав людини, створена підгрупа Робочої групи з питань права людини на зброю розробила законопроект на належне дотримання відповідного положення статті Конституції, продовжується обговорення на круглих столах і міжнародних конференціях за участі окремих членів Робочої групи інших складних (а деяких і неоднозначних) положень проекту (питання поваги гідності людини і її засадничих основ для всіх інших прав людини, дискримінації щодо прав іноземців і можливостей їх наближення до прав громадян, обмежень прав людини у зв'язку з терористичними актами, анонімності в мережах Інтернет, прав і свобод у сфері релігії, колективних прав корінних народів і національних меншин, користування майном і умов позбавлення власності, гарантій інвесторам, необхідності внесення прогресивних змін в право на підприємницьку діяльність, ототожнення рівноправності чоловіка і жінки в усіх сферах їх життєдіяльності (чинна Конституція у ст.24 дає перелік таких сфер, який об'єктивно не може бути повним), питання визначення шлюбу (в чинній Конституції йдеться про шлюб як вільну згоду жінки та чоловіка, без зазначення їх віку, в проекті йдеться про гарантії шлюбу законом, а за цим і визначення шлюбу віднесено до закону), продовжуються дискусії юридичної громадськості з питань розширення наявних конституційних прав, додавши до них: право на доступ до публічної інформації, право на належне врядування, право на демократичне повстання, право на політичний страйк всіх, у т.ч. і в армії, поліції, судах і т.п., право вільно чинити власною долею та ін.).

Очевидно, що такі обговорення і дискусії слід продовжити, як у ЗМІ, так і по регіонах, що заплановані Робочою групою, стосовно деяких положень прав людини, передбачених у проекті, і таких, що додатково пропонується включити у Конституцію, провести експертні обговорення із залученням міжнародних фахівців, а перед остаточною підготовкою змін і доповнень – звернутися до фахівців Венеціанської комісії з метою одержання її висновку.

Такий порядок не змінює тієї ситуації, що робота над проектом змін до Розділу II Конституції України завершена, він лише необхідний для остаточного вдосконалення певних положень перед тим, як передати його на розгляд Конституційної Комісії, яка має зробити остаточний висновок про його готовність для направлення Президенту України, який внесе відповідний законопроект до Верховної Ради України.

РЕФОРМА КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗАСАД СУДОВОЇ ВЛАДИ, ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ: ПОТОЧНИЙ РЕЗУЛЬТАТ І ОЧІКУВАНІ ПЕРСПЕКТИВИ

22 червня 2016р. Центр Разумкова за сприяння Представництва Фонду Ганса Зайделя в Україні провів Круглий стіл “Реформа конституційних засад судової влади, прав і свобод людини: поточний результат і очікувані перспективи”. Захід реалізовано в рамках проекту “Конституційний процес в Україні: удосконалення засад правосуддя, прав, свобод і обов’язків людини і громадянина”, що здійснювався Центром за підтримки Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) в рамках Проекту “Справедливе правосуддя”.

На засіданні Круглого столу були презентовані інформаційно-аналітичні матеріали, які містили аналіз змін до Конституції в частині правосуддя та щодо прав і свобод, результати загальнонаціонального та двох експертних опитувань, а також виступи учасників двох Заочних круглих столів у вигляді інтерв’ю.

Для дискусії виносилися наведені питання:

1. Процес внесення Парламентом змін до Конституції України щодо правосуддя завершено: що далі?
2. Чи є Закон України “Про судоустрій і статус суддів” актом законодавства, здатним з низкою інших необхідних законів і кодексів забезпечити ефективне функціонування судової влади?
3. Конституційний процес оновлення Розділу II Конституції України: співвідношення універсальних і національних стандартів.

У дискусії взяли участь народні депутати України, судді Конституційного Суду, представники виконавчої влади, науковці, державні та незалежні експерти України, громадські діячі, а також представники зарубіжних посольств і міжнародних організацій.

Нижче наводяться виступи учасників у тому порядку, в якому вони представлені на Круглому столі. Тексти підготовлені за стенограмою дискусії та подаються у дещо скороченому вигляді. Деякі виступи супроводжуються посиланнями, зробленими редакцією.



► ВІТАЛЬНІ СЛОВА ◀



Микола МАРТИНЕНКО,
голова Ради
Центру Разумкова

Шановні пані та панове! Щиро вітаю Вас на черговому Круглому столі Центру Разумкова. Сьогодні у нас дуже цікава та актуальна тема. Останніми роками ми дуже часто говоримо про конституційні зміни, конституційну реформу.

Довгі роки, особливо після Революції Гідності, експерти, науковці, громадські активісти доводили гостру та невідкладну потребу в Україні судової реформи. І нарешті ми маємо деякий результат: проголосовані певні зміни. Чи є вони правильними? Як вони втілюватимуться у життя? Ми дуже добре розуміємо, який буде спротив у суспільстві під час запровадження цих змін. І саме це повинно бути, на мій погляд, предметом нашої дискусії на сьогоднішньому засіданні.

Друга частина, запропонована до обговорення, теж є важливою – це конституційна реформа в частині прав і свобод людини і громадянина. З цього приводу ведеться багато дискусій: як теоретичних, так і фахових, політичних, адже **забезпечення прав людини – це головне завдання Конституції**, для цього існує держава з усіма її інститутами. Разом з тим, ми бачимо суперечності між задекларованими в Конституції правами та можливостями нашої держави.

І побажання нам всім на сьогоднішньому Круглому столі, щоб ми мали цікаві дискусії, а також виробили рекомендації, які можуть бути втілені у проекти відповідних документів, які вже офіційно вноситимуться зокрема до Парламенту на розгляд у майбутньому. ■



Ден РАЙАН,
заступник керівника
Відділу сприяння розвитку
демократії та врядування
Агентства США з міжнародного
розвитку (USAID)

Велика честь бути сьогодні тут, серед значного числа видатних експертів та юристів для обговорення конституційної реформи. **Незалежна та прозора судова система є фундаментальним елементом демократичного суспільства**, яка не лише захищає права людини, але й сприяє соціальному розвитку та економічному зростанню. Ухвалення змін до Конституції та прийняття нового Закону “Про судову систему” є суттєвим кроком

уперед у реформуванні судової системи, докорінно її трансформує в більш ефективну гілку влади. Ці зміни, ми сподіваємося, **сприятимуть зміцненню незалежності судової системи та підзвітності, а також підвищенню чесності суддів.**

Агентство США з міжнародного розвитку із задоволенням підтримало розробку цих змін у рамках Проекту “Справедливе правосуддя” за підтримки Конституційної Комісії та її робочих груп, включно з Радою з питань судової реформи. Незважаючи на значні досягнення, багато ще належить зробити: зокрема розробити та прийняти законодавчі акти, в т.ч. зміни до Закону “Про Вищу раду правосуддя”, удосконалити законодавство про боротьбу з корупцією в судах та здійснити інші необхідні заходи, а також розробити ряд підзаконних нормативних актів. Громадянське суспільство також повинно брати в цьому процесі активну участь і не лише в якості спостерігача.

Надання допомоги Україні для просування незалежної судової підзвітності та доброчесності залишається для **USAID** стратегічною метою заохочення належного демократичного врядування. Ми і надалі готові підтримати Україну в цих зусиллях. ■



Даніель ЗАЙБЕРЛІНГ,
керівник проекту Фонду
Ганса Зайделя в Україні,
Республіці Молдова та Румунії

Для мене честь сьогодні разом з нашими партнерами відкривати цей дуже цікавий Круглий стіл. Ми обговорюватимемо надзвичайно важливий крок стосовно продовження конституційних і демократичних реформ в Україні.

На нашу думку, новий Закон “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” повною мірою охоплює три великі теми, коли йдеться про конституційну реформу в Україні, що пов’язано зокрема з законами “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації)”, “Про державну службу” та конституційними змінами щодо судової системи. Я думаю, що з цими трьома великими програмами, які слід виконати, ми досягли рівня, з якого можливо продовжити шлях уперед у демократизації та розподілі влади, особливо у сфері громадянського контролю над рішеннями Уряду України. Але я хотів би побачити, як реалізація йде насправді, оскільки на перший погляд зміни до Конституції справляють враження дуже добре розроблених, дуже добре продуманих. Усе узгоджується з європейськими демократичними принципами балансу сил. Але як це виглядатиме насправді, як це буде реалізовано і чи не стануть на заваді реалізації цих законів нерішучість та інші перешкоди? Це велика робота на наступні кілька років.

Я впевнений, що **подібні дискусії та організації**, такі як Центр Разумкова, які заповнюють усі прогалини, **виконують функцію зацікавленого спостерігача**, щоб побачити те, що виходить з тексту закону, і як всі ці документи реалізовуватимуться в Україні. ■

► ДИСКУСІЯ ◀

УКРАЇНА БУДУЄ НЕЗАЛЕЖНИЙ ТА ПРОФЕСІЙНИЙ СУД



Костянтин КРАСОВСЬКИЙ,
керівник
Головного департаменту
правової політики Адміністрації
Президента України

2 червня 2016р. Верховна Рада остаточно схвалила зміни до Конституції щодо правосуддя та прийняла імплементаційний Закон “Про судоустрій і статус суддів”. Ці зміни набувають чинності 30 вересня 2016р. Які ж основні кроки, передбачені на шляху судової реформи, вже пройдено, а які ще попереду?

Першим кроком на цьому шляху став **Закон “Про забезпечення права на справедливий суд”**, який запрацював з березня 2015р. і запустив роботу органів суддівського врядування – Вищої ради юстиції та Вищої кваліфікаційної комісії суддів, що не працювали 15 місяців та дев’ять місяців, відповідно. Закон створив нові механізми, транспарентні, конкурсні засади добору членів цих органів – це дозволило наблизити їх роботу до вимог, які ставить українське суспільство. Крім того, Законом передбачено механізми очищення суддівського корпусу, в т.ч. шляхом кваліфікаційного оцінювання всіх суддів, запроваджено інститут суддівського досє, яке містить історію професійної діяльності судді, удосконалено процес добору суддів, підвищено вимоги до кандидатів на посаду судді, передбачено виключно конкурсні процедури при призначенні та переведенні суддів, запроваджено ефективні механізми здійснення дисциплінарного провадження щодо судді та відновлено роль Верховного Суду як найвищого судового органу в системі судів. І це те, що можна було зробити на рівні профільного законодавства без внесення змін до Конституції України.

Наступний етап – це **напрацювання та прийняття змін до Основного закону**. Зміни напрацьовувалися за участі провідних українських і міжнародних експертів та двічі отримали схвальні висновки Венеціанської комісії. Дискусії щодо цих змін були досить гарячими, але переважна більшість учасників цього процесу говорять про комплексний підхід у реформуванні та позитивний крок для всієї сфери правосуддя.

Ідеологія змін до Конституції України щодо правосуддя в цілому полягає у забезпеченні функціонування судової влади відповідно до верховенства права, суспільних очікувань та європейської системи цінностей і стандартів.

По-перше, це незалежність і політична нейтральність, що передбачає позбавлення будь-яких політичних органів можливості впливати на суди, а також

передачу більшості повноважень щодо суддівської кар’єри до Вищої ради правосуддя, де більшість становитимуть судді, обрані суддями; утворення та ліквідація судів виключно законом; прозорий конкурс на будь-яку посаду судді.

По-друге, це незмінюваність суддів, що передбачає призначення суддів одразу безстроково без будь-яких “випробувальних” процедур.

По-третє, це правова визначеність, що передбачає чітке та вичерпне визначення підстав для звільнення судді з посади та припинення повноважень; вилучення норми про порушення присяги як підстави для звільнення.

Четверте – це функціональний імунітет судді та індивідуальна відповідальність.

Нарешті, можемо констатувати: **зараз норми Конституції в частині правосуддя відповідають стандартам Ради Європи**, і їх подальша імплементація та укріплення залежатиме як від прийняття необхідного імплементаційного законодавства, так і від дій кожного учасника судового процесу.

Перший з цих імплементаційних законів – Закон “Про судоустрій і статус суддів” – був прийнятий одночасно зі змінами до Конституції в частині правосуддя. Відповідно до зазначеного Закону, протягом шести місяців після набуття ним чинності передбачено утворення нового Верховного Суду. У його складі діятимуть Велика Палата, функцією якої є уніфікація судової практики та вирішення юрисдикційних спорів, а також чотири касаційні підрозділи – касаційні суди, функцією яких є розгляд справ в касаційному порядку. Судді ВС призначатимуться на посади виключно на підставі відкритого та публічного конкурсу та кваліфікаційного оцінювання як його складової. Також передбачено можливість брати участь у конкурсах для кандидатів з-поза меж системи – адвокатів і вчених у галузі права – за умови, що такі кандидати мають не менш ніж 10-річний досвід роботи в судді Верховного Суду та з не менш ніж 7-річний досвід роботи – для кандидатів у судді апеляційних судів.

Законом забезпечено широку участь громадськості у процедурах кваліфікаційного оцінювання суддів та моніторингу способу життя суддів. Так, наприклад, передбачено створення при Вищій кваліфікаційній комісії суддів України Громадської ради доброчесності, яка сприятиме ВККС у встановленні відповідності судді або кандидата на посаду судді критеріям професійної етики та доброчесності. Крім того – подання суддями двох нових Декларацій – доброчесності та родинних зв’язків.

Зараз Рада з питань судової реформи продовжує роботу над іншими необхідними імплементаційними законопроектами – “Про Вищу раду правосуддя”, “Про Конституційний Суд України”, зміни до процесуального законодавства та законодавства про адвокатуру. Планується, що законопроекти “Про Вищу раду правосуддя” та “Про Конституційний Суд України” будуть прийняті до кінця вересня ц.р. Після чого потрібно буде проголосувати за зміни до п’яти процесуальних кодексів та закону “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”. За цих умов зможемо розраховувати на перші суттєві результати вже наступного року. ■

ЗАКОНАМИ МОЖНА ПОЕТАПНО ОБМЕЖУВАТИ ПРАВА ЛЮДИНИ



Віктор ШИШКІН,
екс-суддя
Конституційного Суду України

Стосовно конституційної реформи судоустрою і прав людини. Я проти будь-яких конституційних змін через призму ст.157 Конституції¹, навіть якби вони були супернеобхідними.

Але зараз про інше. Тут говорилося про Стратегію Президента до 2020р.² Хочу задати питання: чи бачать ті, хто запроваджував цю конституційну реформу, концептуально кінцеву мету цієї реформи? Видається, що – ні, не бачать. Чи то я її не бачу, тому що її просто немає?

У мене брали інтерв'ю з “Голосу України”, присвячене 20-річчю Конституції і принесли концепцію нової Конституції України від 19 червня 1991р., тобто 25 років вже цій концепції, яка була прийнята в надрах ще існуючого комуністичного радянського режиму. Перший блок: загальнометодологічні принципи нової концепції: “Конституція має визначити пріоритет загальнолюдських цінностей”. Тут говорять, що ми старі та відстали від молоді, але я хотів би бачити, щоб молодь це проголошувала, перебуваючи в надрах комуністичного режиму. “...Закріпити принципи соціальної справедливості, утвердити демократичний і гуманістичний вибір народу України, чітко показати прихильність України загально-визнаним нормам міжнародного права”. Ця концепція не лише була оприлюднена, але й прийнята Постановою Верховної Ради УРСР³. Це надбання всього українського народу. В основі Постанови Декларація про державний суверенітет (де також загальнометодологічні принципи визначені), конституційні зміни листопада 1990р., радикально-революційні зміни, які фактично відірвали Україну ще тоді від Радянського Союзу.

Я в певній частині міг би дискутувати щодо такого питання: **ми як виписуємо права людини – всі в Конституції чи гасла**, а потім їх розшифровуємо в законі? До речі, про судову реформу – тут також багато відсилок до закону. Таке є можливим, коли йдеться про державні інституції, але коли йдеться про права людини – в мене дуже великі сумніви.

Чому сумніви? Я боюсь **віддавати законодавцю, нашій владі таку зброю як можливість**

маніпулювання в законах правами людини. Наведу приклад. Сьогодні в Конституції зазначено один із принципів нашого судочинства – забезпечення апеляційного та касаційного оскарження рішень суду, крім випадків, встановлених законом. Цими законами можна будь-що перевернути. І, на жаль, у нас їх перевертають. КСУ варто було із самого початку, в 1997-1998рр. розтлумачити, що мається на увазі “крім випадків, встановлених законом” і, особливо, прислухатися до розробників Конституції в редакції 1996р. Ми⁴ мали на увазі: крім випадків, коли встановлюються нові суди і не передбачено оскарження їх рішень. Наприклад, рішення КСУ – є остаточними та оскарженню не підлягають. Ми колись пропонували створити Антимонопольний суд – один суд на всю Україну. Був би він судом, і там дійсно не можна було оскаржувати його рішення.

Спочатку, коли запровадили першу інстанцію по земельних справах, коли на основі рішень адміністративних судів у людей відбирали землю. Були апеляція та касація. Коли відповідно до змін до Кодексу адміністративного судочинства першу інстанцію передали апеляційному суду, Вищий адміністративний – став апеляційною інстанцією, а касація зникла. Таким чином було порушено ст.22 Конституції – у людини відібрали право на касацію. Потім відома ст.172 КАСУ, коли штрафи, накладені органами адміністративної влади, повинні були розглядатись в адміністративних судах – з 2005р. було право на апеляцію і право на касацію. Те ж саме: коли оскарження дій вищих органів державної влади (Президента, ВРУ, Кабміну) було предметом розгляду в суді першої інстанції, в окружних судах було право на апеляцію і право на касацію. Коли це передали Вищому адміністративному суду України – забрали право на апеляцію і право на касацію.

Таким чином, законами можна поетапно обмежувати права людини. Я не кажу про всі права людини, хоча б про право на скаргу. Дві третини моїх окремих думок як судді Конституційного Суду щодо рішень КСУ присвячено порушенням ст.22 Конституції. У ній чітко написано: “При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод”. Не подобається 22 стаття, змінійте її. Але поки вона є, то повинна бути іконою, в т.ч. для суддів КСУ. ■

Круглий стіл, 22 червня 2016р.



¹ Ст.157 “Конституція України не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина або якщо вони спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України. Конституція України не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану”.

² Стратегія сталого розвитку “Україна – 2020”. Схвалена Указом Президента України №5 від 12 січня 2015р.

³ Концепція нової Конституції України. Схвалена Постановою Верховної Ради Української РСР №1213 від 19 червня 1991р.

⁴ В.Шішкін належав до групи розробників Конституції 1996р.

**НЕОБХІДНИЙ КОНЦЕПТУАЛЬНИЙ ПІДХІД
ТА УЗГОДЖЕНІСТЬ РЕФОРМУВАННЯ
ВСІЄЇ СИСТЕМИ**

Володимир СУЩЕНКО,
викладач факультету
правничих наук
Національного університету
“Києво-Могилянська академія”,
виконавчий директор Центру
дослідження проблем
верховенства права

По-перше, ми всі свідомі того, що “хворими” є не окремі елементи правової системи. Як на мене, “хворою” є вся правова система держави. Якщо хвора система, то й лікування її має бути також системним і комплексним, а не шляхом висмикування окремих її елементів і намагання через т.зв. “реформування” виликувати всю систему. Саме комплексний підхід і мав бути покладений в основу реформування, тому що все між собою пов’язано: і прокуратура, і судова система, і адвокатура, і правоохоронні органи. А ми, на превеликий жаль, почали змагатися, хто першим проведе реформування свого сегменту, починаючи з поліції, прокуратури. Безумовно, цього не можна робити кавалерійським наскоком. Це потребує часу, створення можливостей, ресурсів і здійснення підготовки з обов’язковим поясненням, насамперед народу, що і як має відбуватися. На жаль, ми пояснюємо мету реформування постфактум.

Другий момент, на який я хотів би звернути увагу, це конституційні закони. Закон “Про судоустрій і статус суддів” безумовно є конституційним. За шість років до нього внесено 50 змін! Про що це свідчить? Це демонструє недосконалість базового закону, непрогнозованість тих положень, які були первісно закладені. Більше того, це свідчить про політизацію правової системи, її функціонування. Кожен раз з приходом нової влади – чи то законодавчої, чи то Президента, все починається з початку. І кожен хоче протиснути, продати своє бачення правової системи. Я вважаю, що конституційні закони мали б прийматися принаймні 2/3 Верховної Ради, щоб у кожного наступного скликання не виникало бажання і можливості легко вносити зміни до цих законів.

Третій момент. Реформуючи судову гілку влади, ми чомусь все зводимо до написання нових законів, які практично не обговорюємо: як ці закони мають реалізовуватися, які механізми, які інструменти, хто і як їх втілюватиме. Ми переймаємо досвід з усіх країн, з усіх конституцій беремо найкраще, але ми забуваємо про свою історію. Чому ми не можемо створити мирові суди? Це ж історія нашої України. Яка величезна кількість т.зв. побутових спорів могли б бути розв’язані. Можна було б певною мірою “розвантажити” професійні суди. І там можна було б вирішити питання адвокатури на цьому перехідному етапі.

Останнє, на що я хотів би звернути увагу: всі покладаються на конкурсні засади перезавантаження

судового корпусу. У нас тепер і поліція перезавантажується на конкурсах, і прокуратура. Я можу єдине сказати, враховуючи мій невеличкий досвід роботи у складі конкурсної комісії з обрання членів Національного агентства з питань запобігання корупції, що в цій конкурсній комісії все вирішують домовленості, т.зв. “договорняки”. І постає питання, хто має створювати ці конкурсні комісії, як вони працюватимуть, хто туди увійде і які внутрішні механізми діятимуть у цих конкурсних комісіях, щоб через конкурс, через абсолютно демократичні процедури, через кваліфікаційне оцінювання все-таки мати змогу завести до відповідних органів гідних людей. Це надзвичайно серйозна та важлива проблема. У мене питання: “Чи пройшли переатестацію члени Вищої кваліфікаційної комісії суддів, члени Вищої ради юстиції, які формують суддівський корпус?” Їх ніхто не перевіряв, зокрема – на їх доброчесність. Ці процедури треба безумовно здійснити. Дбати про те, щоб спочатку створити орган, якому довірятиме суспільство, а вже цей орган нести відповідальність за те, кого він призначатиме на посаду. ■

**ПОТРІБНО ПІДВИЩУВАТИ РІВЕНЬ
ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ**

отець Олекса ПЕТРІВ,
митрофорний
протоієрей Української
Греко-Католицької церкви

Обговорення засад змін до Конституції, яких вона потребує згідно з вимогами часу, є дуже актуальним і дуже потрібним. Найбільша проблема нашого народу – дуже низький рівень правової культури. Правовий нігілізм – це є жакливій бич, який нищить наше майбутнє. Над цим треба працювати, безумовно треба докласти зусиль, щоб якось виправляти цю ситуацію. Релігійна спільнота України, особливо Всеукраїнська Рада Церков і релігійних організацій, яка представляє понад 90% віруючих, а це є понад дві третини громадян України, звичайно, не може стояти осторонь змін до Конституції України, оскільки є частиною громадянського суспільства. Пам’ятаючи про те, що Конституція є суспільним договором, ми не можемо залишатися осторонь.

Що стосується правосуддя, то 17 травня ц.р. Всеукраїнська Рада Церков і релігійних організацій видала звернення про становлення справедливості в Україні⁵. Головні тези цього звернення були такими, що справедливість є основою співжиття в демократичному суспільстві – це поза всяким сумнівом. Про те, що самостійність судової влади є гарантією демократичного розвитку і про те, що є надія на справедливий суд в Україні. З того часу була проголошена судова реформа, та відбулися інші обговорювані тут загальновідомі події. І прохання релігійної

⁵ Звернення ВРЦіРО щодо становлення справедливості в Україні. – Сайт Всеукраїнської Ради Церков і релігійних організацій, 17 травня 2016р., <http://vrciro.org.ua/ua/statements/465-uccro-statement-justice-court-judge-ukraine>.

спільноти тепер є таким, особливо, до поважних фахівців, до тих, хто стоїть на сторожі не тільки справедливості, але й на сторожі справедливого розподілу повноважень гілок влади, – припилюйте, щоб оці два роки⁶ розподіл влад в Україні справді був відповідним. Про це йдеться й у зверненні Всеукраїнської ради церков. Ми, представники Церков і релігійних організацій не маємо такого потенціалу, як ви, науковці. Усі, хто є тут, будь ласка, припилюйте, і за перших ознак давайте знати. **Ми, віруючі люди, готові разом із судівським корпусом, із всім громадянським суспільством стати на захист цих основоположних принципів.**

Друга річ, про яку варто сказати, бо навіть й тут до діла має релігійна спільнота – це адміністративна реформа. Чому церкви, релігійні організації могли б бути тут корисними та причетними до цієї справи та можуть бути долучені до її реалізації? Бо основною формою нашого існування є громада, релігійна громада. Такий багатосотлітній досвід функціонування громад – мав би бути використаний і при цій реформі у контексті децентралізації.

І, звичайно, найбільша наша зацікавленість – це є Розділ II Конституції про права, свободи і обов'язки людини і громадянина. Тут нам найбільше є, що сказати. Ми, безумовно, підтримуємо тезу про потребу відображення в Конституції національної самобутності. Не тільки прапор, гімн, герб, унітарність та ін. атрибути є ознаками нашої держави. **Права людини – це той розділ, який безумовно має також відображати нашу національну самобутність.** На наше переконання, без запровадження до цього розділу такого поняття як “суспільна мораль”, не мораль взагалі, не мораль особиста, а суспільна, тобто мораль нашого суспільства, нашої нації, нашого народу – цього зробити не можна. Є науково-експертні висновки, які підтверджують доречність такої норми в Конституції України. Мало того, в нас вже є законодавство щодо суспільної моралі й на цьому ґрунті можна далі розвиватись.

Велику та широку суспільну дискусію викликає саме питання змін до Розділу II Конституції. Якщо пан Дж.Букікіо⁷ каже, що в нас прекрасний Розділ про права людини, тоді виникає питання, навіщо його тоді змінювати, не кажучи вже про те, що де-факто, держава у стані війни. Краще – ворог доброго. Те, що над цим Розділом треба працювати – поза всяким сумнівом і ми це підтверджуємо. Підтверджуємо насамперед з огляду на необхідність піднесення рівня правової культури нашого народу. Для прикладу: силами нашої Церкви, Римо-Католицької і деяких євангельських церков було зібрано більше 120 тис. підписів і передано Президентові у захист суспільної моралі, у захист традиційної сім'ї, також у захист життя⁸. Під час збору підписів люди, які ознайомлювались з суттю пропозицій, дискутували над ними, робили висновки, що вони ще мало знають, що там у Розділі II Конституції про права людини написано. Таким чином вони підвищували рівень своєї правосвідомості.

Отже, потрібно збиратися, працювати в робочих групах, виносити ці питання на широку дискусію й таким чином підвищувати рівень правової культури,

знищувати правовий нігілізм. Проте **змінювати тепер Розділ II Конституції ми б дуже не рекомендували.** У цьому контексті хочу привести приклад співжиття релігійної спільноти. Одним з основних факторів миру і взаєморозуміння між релігійною спільнотою в Україні є те, що наш базовий Закон “Про свободу совісті та релігійні організації”, який також високо оцінюється міжнародними експертами, нещодавно святкував чверть століття. Впродовж цих років зміни до нього були дуже мінімальні. Практично його не змінювали, хоча бажання й спроб “покрасити” було дуже багато. Просимо бути дуже обережним з “покращеннями” у таких делікатних сферах. ■

РЕФОРМУВАТИ ПРАВОВУ СИСТЕМУ ТРЕБА КОМПЛЕКСНО



Олег БЕРЕЗЮК,
голова Українського
юридичного товариства

По-перше, абсолютно переконаний в тому, що вносити зміни до Конституції, особливо в умовах воєнного стану, не можна. Тим не менше це сталося, **сталося порушення Конституції.** При цьому, наша влада, представники Парламенту, і Кабміну, і Президент говорять про те, що вони сповідують принципи правової держави. У мене виникають великі сумніви щодо цього через суцільні порушення тих принципів, які записані в самій Конституції. Я дуже уважно слухав виступ представника Адміністрації Президента і зробив дуже простий висновок: для того, щоб нічого не робити, достатньо заговорити будь-яке питання. Складається враження, що це не реформа, а імітація реформи. Ми **понастворювали цілий ряд неконституційних органів у системі органів державної влади.** Наприклад, Національне антикорупційне бюро, Антикорупційну прокуратуру, а тут ще шедевр юридичної думки – це створення Антикорупційного суду. Відбувається дублювання правоохоронних органів, дублювання функцій прокуратури в самій прокуратурі.

Тут вже говорилося про наявність стратегії реформ. Відверто кажучи, я не бачу жодної стратегії в тому, що відбувається сьогодні в Україні. Для того, **щоб говорити про стратегію, треба бачити концепцію і кінцевий результат** реалізації цієї концепції, а я її не бачу. Разом з тим бачу цілий ряд безсистемних рухів, у результаті яких ми спостерігаємо появу нових державних органів.

Звучать позитивні відгуки наших західних партнерів про те, що в Україні відбуваються реформи, про те, що ці реформи є правильними. Стосовно їх правильності маю дуже великі сумніви. Я абсолютно переконаний в тому, що поки у нас не буде політичної волі

⁶ Йдеться про закріплення за Президентом на два роки (до 31 грудня 2017р.) повноваження утворювати, реорганізовувати та ліквідувати суди (підпункт 6 п.16-1 розділу XV “Перехідні положення” Конституції України).

⁷ Джанні Букікіо – голова Європейської комісії за демократію через право (Венеціанської комісії).

⁸ Ініціативна група вірян Греко-Католицької та Римо-Католицької церков підготувала звернення до Президента щодо внесення змін до Конституції України в частині прав людини. – Укрінформ, <http://www.ukrinform.ua/rubric-roundtable/1967086-simejni-cinnosti-abo-comu-virani-proti-viklucennaz-konstitucii-ponatta-slub.html>.

на проведення реформ (а не на імітацію цих реформ), у нас нічого в країні не зміниться, і коли ми говоримо про те, що в нас є криза в системі судової влади, то насамперед – це криза в системі державного управління.

Сьогодні озвучено багато конструктивних пропозицій. На жаль, більшість раціональних пропозицій представники влади ігнорують. Я думаю, що ігнорують через просту причину: **немає бажання будувати правову державу, є бажання керувати країною в системі ручного управління.** Коли немає чітких і зрозумілих юридичних норм, тоді завжди є спокуса застосовувати волонтаристські методи управління і не нести за це жодної відповідальності. Сьогодні прикладів тому достатньо, зокрема це призначення Генерального прокурора, коли змінили закон під людину.

У США, коли приходить новий Президент, він не змінює суддів, яких призначив його попередник. Це є запорукою демократії. Це є запорукою незалежності суддів. А в нас сьогодні намагаються залежних суддів зробити ще більш залежними. Так, нам потрібна реформа в системі організації судової влади, але нам потрібен і незалежний від політики суд. Незважаючи на наявність раціональних положень змін до Конституції, які можна обговорювати та втілювати в життя, я дуже критично ставлюся до можливих наслідків здійснюваної реформи. Наприклад, змін в системі прокуратури, реформи адвокатури. Коли ми говоримо про адвокатуру і про прокуратуру – це інститути, які мають належати до системи правосуддя. Тут має бути системний підхід, реформувати треба комплексно всі ці три інститути, а не окремо. Тоді буде результат. ■

ЦІ КОНСТИТУЦІЙНІ ЗМІНИ ВСЕ Ж ТАКИ ДАЮТЬ ШАНС НА ПОКРАЩЕННЯ СУДОВОЇ СИСТЕМИ



Юлія КИРИЧЕНКО,
експерт Центру
політико-правових реформ
з конституційного права

Чи є стратегія судової реформи, загалом конституційної реформи і чи ми бачимо концептуальні засади цієї реформи? У нас є чіткі уявлення, що **стратегія судової реформи є і це**, на жаль, **консервація існуючої судової системи**, яка є залежною. Але роль громадянського суспільства та експертної спільноти посилюється, і тому влада змушена йти на ці зміни судової системи. З доповідей експертів видно, наскільки багато є недоліків таких конституційних змін, недоліків самої процедури і недоліків змістовних. При цьому ми говоримо, що на сьогодні ці конституційні зміни все ж таки дають шанс на

покращення судової системи, зменшення її залежності, але це відбудеться лише за умови активної участі громадянського суспільства у процесі конкурсів, у процесах подання кандидатур адвокатів і науковців: до Верховного Суду, які мають досвід роботи не менше 10 років; до апеляційних судів, які мають досвід роботи в галузі права не менше семи років або адвокатської діяльності не менше семи років. На сьогодні ми дійшли висновку, **якщо ми знаємо порядних людей з цих сфер**, а вони є, **то треба благувати їх йти до Верховного Суду та апеляційних судів.** Без оновлення саме судів, суддівського корпусу судова система захлинеться. За соціологічними опитуваннями ЦППР у грудні 2015р.: рівень довіри судам – “повністю довіряю”, майже в усіх регіонах України – ледь більше 1%⁹! Якщо змін не відбудеться, то можна очікувати соціального вибуху в цій сфері.

Щодо концептуального бачення. Із самого початку було незрозуміло, чому реформа Конституційного Суду України пов'язана з реформою судової системи. Це стало зрозумілим, коли ми побачили, що **влада повністю забула, проігнорувала ядро конституційної реформи – це удосконалення форми державного управління.** Цілком очевидно, що реформувати КСУ необхідно разом із комплексним баченням саме реформи владного трикутника і яким чином тут зробити КСУ незалежним і спроможним вирішувати політико-правові спори в межах конфліктів вищих органів влади. На жаль, цього не було зроблено. Цей напрям був замовчаний, але ми не можемо його замовчати, і ми маємо надію побачити конституційні зміни в подальшому, можливо, за зміни політичних сил у Парламенті, зміни Президента.

Зміни щодо конституційного правосуддя не були належним чином опрацьовані. Як вже було сказано, головне, що могло б позбавити Конституційний Суд залежності – це зміна порядку його формування. Цього ми не знаходимо в конституційних змінах. Єдине речення, що в законі буде встановлено конкурсний порядок для кандидатів на посаду суддів КСУ, також не дає можливість щось аналізувати, оскільки вже було зазначено, що нової редакції або комплексних змін до закону про КСУ немає.

Знову ж таки, експертне середовище наголошувало, що мають бути імплементаційні закони, і на момент остаточного схвалення конституційних змін ці проекти мають бути зареєстровані. Постійно наголошувалося, що не треба приймати з порушенням процедури ці закони, але вони мають бути внесені, і суспільство, і народні депутати, які голосуватимуть, мають бачити комплексну деталізацію конституційних змін. Натомість ми отримали внесення Закону “Про судоустрій і статус суддів” за день до голосування, відбулося чергове “гвалтування” процедури. А щодо інших необхідних законів – зокрема, про Вищу раду правосуддя, про Конституційний Суд – до цього моменту їх немає зовсім, хоча зміни вже проголосовані.

Вважаю, що **позитивний результат можна очікувати**, якщо ми всі разом долучимося до процедур, що їх нам дав Закон “Про судоустрій і статус суддів”. ■

⁹ Докладно див.: Що українці думають про Конституцію, реформу суду і прокуратури. – Сайт ЦППР, <http://pravo.org.ua/ua/news/20871276-scho-ukrayintsi-dumayut-pro-konstitutsiyu,-reformu-sudu-i-prokuraturu>.

ПРОБЛЕМА УКРАЇНИ – В ЯКОСТІ ДЕРЖАВНОГО УПРАВЛІННЯ



Микола МЕЛЬНИК,
суддя
Конституційного Суду України

Я так само, як і попередні доповідачі, хочу наголосити на тому, що **проблема України криється не в Конституції загалом та її змісті зокрема**. Проблема України – в якості державного управління, в низькому рівні правової політичної культури, в погляді т.зв. політичної еліти на владу як на певний засіб.

Наступний момент безперечно полягає в тих застереженнях і ризиках, які містить тепер вже проголошений законопроект стосовно змін до Конституції¹⁰. Тут вже говорилося про два роки, упродовж яких треба бути пильними та уважними громадському суспільству. Я так само у своїй окремій думці наголосив на цих двох роках¹¹. В окремій думці до висновків Конституційного Суду щодо вказаного законопроекту я писав про те, що **легітимна мета закріплення за Президентом повноважень на перехідний період строком на два роки є незрозумілою**. Тому що, якщо “запускається” новий орган, утворюється Вища рада правосуддя, і їй передаються такі повноваження, то таке відтермінування позбавлене логіки.

Що стосується нового Закону “Про судоустрій і статус суддів”, який, на думку його ідеологів, дасть можливість влити “нову кров” до Верховного Суду¹².

По-перше, не все нове є кращим. *По-друге*, не все те, що називають реформою, є такою насправді. *По-третє*, тут вже говорилося про конкурс для “нової крові”, проте незрозуміло, якою буде ця “кров”. Щодо самих конкурсів, то тут вже говорили про зовнішнє керування ними, що, на жаль, стає певною традицією, тобто ризики є.

Чому я написав таку розлогу окрему думку? Я побачив певні правові небезпеки, а саме **обмеження і скасування прав людини і громадянина** через те, що зміни до Конституції передбачають невизначеність системи судів. Якщо чинна Конституція чітко визначає систему судів в Україні, то зміни до неї цього не передбачають. Тепер ми вже бачимо ці обриси в новому Законі “Про судоустрій і статус суддів”. **Зміни до Конституції передбачають звуження**

компетенції судів, обмежують повноваження судів як органів правосуддя. На мій погляд, відбувається звуження права на судовий захист у частині перегляду судових рішень, зокрема, касаційного перегляду рішень судів. Має місце зміна національної моделі конституційного судочинства, а саме створення передумов для підміни судами загальної юрисдикції виключних повноважень Конституційного Суду. Це, зокрема, ми бачимо у змінах до Конституції щодо децентралізації, коли по суті загальним судам передаються функції оцінки нормативних актів на предмет конституційності – це є посягання на виключні повноваження Конституційного Суду.

Судова влада є найменш захищеною, але вона є найбільш сильною, і справжню силу судової влади нам показав (безперечно, в негативному плані) В.Янукович. Він показав, як можна судами підмінити Парламент, виконавчу владу і, власне, народ. І це мав бути великий урок.

Центр Разумкова три роки тому¹³ в цьому залі проводив Круглий стіл на тему судової реформи, яку тоді запроваджував В.Янукович. І в доповідях, і в аналітичному матеріалі Центру Разумкова вказувалося на те, що ця т.зв. реформа таїть ризики узурпації влади та посилення залежності судової влади. Хоча багато політиків і міжнародних інституцій, зокрема Венеціанська комісія, дуже схвально ставилися до цієї реформи, і тоді голова Венеціанської комісії Дж.Букікіо виступав за те, що треба прийняти ці зміни. Хоча тут, в Україні, було очевидним, що все це робиться для посилення впливу В.Януковича на суди, узурпації ним державної влади.

Отже, хотів би зробити акцент: нещодавно почув про таку проблему українця, як проблема меншовартості. Нам потрібно уважно, але водночас прискіпливо ставитися до сторонніх порад, зважаючи передусім на власну Конституцію, історичні традиції, особливості правової та державної систем. Все, що нам радять, це дуже добре. Нам говорять про міжнародні стандарти. Але що таке міжнародний стандарт? Я розумію, що є такий стандарт, як право на справедливий суд. Але яким чином воно досягається, це право кожної держави.

Знов-таки, проблема не в нормативному регулюванні, а у правовій і політичній культурі. Чи будуть досягнуті цілі, визначені для цієї судової реформи: реалізація права на справедливий суд, деполітизація судової системи, посилення незалежності суддів? Є великі сумніви.

Як відомо, на сьогодні з трьох законопроектів щодо змін до Конституції не реалізованими залишилися два: перший (про який дещо забули) – це зміни про скасування депутатської недоторканності та обмеження суддівської недоторканності, другий – щодо децентралізації влади. Третій щодо правосуддя – уже прийнято.

¹⁰ Закон України “Про внесення змін до Конституції (щодо правосуддя)” проголосований 2 червня 2016р., проте на дату проведення Круглого столу не був підписаний Президентом.

¹¹ Йдеться про окрему думку судді Конституційного Суду України М.Мельника стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України №1 від 20 січня 2016р. – Сайт КСУ, <http://ccu.gov.ua:8080/doccatalog/document?id=299898>.

¹² Новий Закон України “Про судоустрій і статус суддів” проголосований 2 червня 2016р., на дату проведення Круглого столу не був підписаний Президентом.

¹³ М.Мельник згадує Круглий стіл “Конституційний етап судової реформи в Україні: перспективи і ризики” в рамках проекту “Судова реформа в Україні: стан, проблеми, перспективи” (керівник проекту – М.Мельник, на той час науковий консультант з правових питань Центру Разумкова). Круглий стіл, організований Центром Разумкова за підтримки Посольства Королівства Нідерландів в Україні, відбувся 17 жовтня 2013р. М.Мельник був головним доповідачем на згаданому заході.

У цих законопроектах простежується тенденція порушення існуючого балансу системи стримувань і противаг системи державної влади. Це **зменшення повноважень Парламенту, збільшення повноважень Президента і посилення залежності законодавчої і судової влади**. В умовах слабкої демократії, суспільно-політичної нестабільності, відсутності ефективної правової системи та повноцінної дії принципу верховенства права – такі тенденції можуть створити передумови для ігнорування базового конституційного припису про те, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Єдиний порятunek у тому, що демократія буде ставати сильнішою, і саме демократія відіграє ключову роль у тому, щоб цього не відбулося.

Безперечно зелене світло змінам до Конституції дає КСУ. У 2013р., коли зміни до Конституції пропонував В.Янукович, КСУ дав позитивний висновок одностайно, жодної окремої думки не було¹⁴. Цього року КСУ двічі давав зелене світло судовій реформі щодо правосуддя, але перший раз було 10 окремих думок з 13 суддів¹⁵, другий раз – п'ять окремих думок¹⁶. Навіть такий показник говорить про наявність великих проблем у тих змінах, які внесені до Конституції в частині правосуддя. ■

ЗМІНИ ДО КОНСТИТУЦІЇ – ВЖЕ РЕАЛЬНІСТЬ



Микола ОНИЩУК,
ректор Національної
школи суддів України

Я повністю поділяю позицію тих колег, які говорили, що зміни до Конституції – це вже реальність. Не знаю, до чого ми продовжуємо говорити про умови ухвалення Конституції, війни чи воєнного стану.

Водночас маємо визнати, коли визначалася формула конституційних змін, ми всі мали численні висновки Венеціанської комісії, резолюції РЄ, Консультативної ради європейських суддів, які формували, власне, візію, тобто стандарти, за якими живуть десятки народів і країн. Маємо визнати, що сьогодні після внесення змін до Конституції сформована нова реальність.

Що наразі дійсно є важливим? На мій погляд, дві речі: перша – **імплементативне законодавство**. Воно не зводиться лише до нового Закону “Про судострій і статус суддів”. Це і новий Закон “Про Вищу раду правосуддя” і багато інших законів, зокрема

процесуальні кодекси, я не кажу вже про виконавче провадження, прокуратуру, адвокатуру і т.ін. Є такий вислів: “Короля робить свита.” Так от свитою нових конституційних положень будуть імплементативні закони. Вони дадуть нам нормативно-правове наповнення конституційних змін, які, власне, вже відбулися. І тут, дійсно, багато роботи. Надзвичайно важливо, щоб експерти були залучені якомога ширше, тому що в проектах законів є багато пасток, недбалостей, навіть технічних помилок. І тут надзвичайно важливо, щоб експертне середовище було максимально залученим, пильним, щоб ми домоглися неохайної якості імплементативного законодавства.

Друга умова – це **формування доброчесних практик застосування Конституції та закону**. І тут певні сподівання пов'язані з Вищою радою правосуддя, кваліфікаційною комісією, склади яких були оновлені. Надзвичайно важливо, щоб громадянське суспільство домагалось, аби ці практики формувались як доброчесні, тому що традицій доброчесності в силу різних причин діяльності цих органів, на жаль, у нас не так багато.

Щодо Національної школи суддів і деяких застережень, коли ми говоримо про оновлення суддівського корпусу. Наразі нова редакція Закону “Про судострій і статус суддів” виходить з того, що ми матимемо дефіцит суддівських кадрів. Насамперед, у зв'язку з тим, що багато з них вже звільнилися, а ще досить багато суддів не мають наміру складати кваліфікаційне оцінювання. Тепер є обов'язковим для судді підтвердити свою здатність здійснювати правосуддя, щоб отримувати доступ до нових умов оплати праці. Первинне кваліфікаційне оцінювання як обов'язкове скасовується, але запроваджується кваліфікаційне оцінювання за заявою судді – це один випадок. І другий випадок, коли має місце кар'єрний ріст судді, коли він хоче взяти участь у конкурсі на заміщення вакантної посади. **Невід'ємною складовою усіх випадків доступу до професії і кар'єрного росту є кваліфікаційне оцінювання**, яке будуватиметься в тестовій формі, і тести ці має розробити Національна школа суддів.

Водночас, враховуючи, що буде великий доступ науковців та адвокатів до суддівської професії, суддів касаційного рівня та апеляції, виникають побоювання: чи зможуть вони якісно відправляти правосуддя, коли йдеться, зокрема про суди апеляційного рівня, які є судом факту юридичного. Можливо, це меншою мірою актуально для судів касації, тому що це суди права, вони застосовують, аналізують право, тлумачать право. А от суди апеляції, коли туди прийде науковець з академічного середовища в реальне правосуддя, де необхідно давати оцінку доказам, визначати їх допустимість і т.п., можуть мати проблеми. Тому закон передбачає, що такі судді мають пройти спеціальну експрес-підготовку в Національній школі суддів. Це нова функція, якої раніше не було. Ще одна категорія тих, хто отримає доступ до суддівської кар'єри – це помічники суддів. Вони отримають право

¹⁴ Йдеться про Висновок КСУ у справі за зверненням Верховної Ради України про надання Висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України щодо посилення гарантій незалежності суддів вимогам статей 157 і 158 Конституції України 19 вересня 2013р. №3. – Сайт КСУ, <http://ccu.gov.ua:8080/doccatalog/document?id=220986>.

¹⁵ Докладно див.: Висновок КСУ у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України №1 від 20 січня 2016р. – Сайт КСУ, <http://ccu.gov.ua:8080/uk/doccatalog/list?currDir=299459>.

¹⁶ Докладно див.: Висновок КСУ у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності доопрацьованого законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України №2 30 січня 2016р. – Сайт КСУ, <http://ccu.gov.ua:8080/uk/doccatalog/list?currDir=301277>.

на окремий конкурс для доступу на посаду судді через навчання в Національній школі через скорочені терміни підготовки замість 12 місяців – 6.

Після набуття чинності змін до Конституції вимір конституційних змін значно залежатиме від якості, навіть добросовісності імплементаційного законодавства. У нас не так багато фахівців у цій сфері. Важливо, щоб Центр, його потужне експертне середовище долучилися до цього процесу, що буде на користь розробці відповідного нормативного масиву. Це корисна річ, тому що є можливість удосконалити закон через внесення змін до нього. Це той випадок, коли попередній конституційний контроль є засобом недопущення вад конституційного процесу. Експертний попередній контроль, попереднє експертне обговорення – були б корисними для формування належної якості законодавчого масиву, який має імплементувати зміни до Конституції.

І остання теза. Сталість законодавства, яке стосується правосуддя. Конституційна Комісія виходила з того, що ми маємо внести зміни до іншого розділу Конституції, який регулює питання порядку ухвалення законів у сфері правосуддя. Було консенсусне рішення, що такі закони мають ухвалюватися в окремому спеціальному порядку 3/5 голосів чисельності Парламенту. Тобто не 300 (оскільки це був би вже конституційний рівень), а 275 народних депутатів, які мали б схвалювати ці т.зв. “конституційні закони”, прийняття яких безпосередньо впливає з Конституції. Зокрема, закони про Вищу раду правосуддя, про судоустрій і статус суддів. Цього не вдалося зробити на даному етапі конституційного процесу, але маємо не забувати про цей очевидний інструмент забезпечення сталості правовідносин у сфері правосуддя. ■

ВККС УКРАЇНИ ГОТОВА ДО ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ КОНСТИТУЦІЙНИХ ЗМІН



Михайло МАКАРЧУК,
суддя Вищого спеціалізованого
суду з розгляду цивільних і
кримінальних справ,
член Вищої кваліфікаційної
комісії суддів України

Я згоден з тим, що система “хвора”, але я не можу погодитися з позицією стороннього спостерігача за принципом виживе / не виживе, а якщо виживе, то наскільки буде здоровою. Ті закони, які вже прийняті, не можу дозволити собі оцінювати, оскільки як суддя я більше звик керуватися ними для вирішення суспільних правовідносин. Закони є більш досконалими, менш досконалими, є зовсім недосконалими. Але в будь-якому випадку, **навіть недосконалий закон спрямований на регулювання суспільних правовідносин** і від того, як він буде застосований, залежатиме механізм його імплементації і змін до Конституції в Законі “Про судоустрій і статус суддів”.

Я не бачив остаточної редакції ні змін до Конституції, ні закону про судоустрій. Я можу лише



Круглий стіл, 22 червня 2016р.

оперувати проектом, який був напередодні прийняття Верховною Радою. Але і у тому проекті закону були певні недоліки. **Закон “Про судоустрій і статус суддів” заклад засади діяльності формування судів, але не визначив механізму.** ВККС України вже направила план першочергових заходів, необхідних для реалізації Закону “Про судоустрій і статус суддів”¹⁷. Це було через чотири дні, тому що саме від діяльності ВККС залежатиме, наскільки ми зуміємо наповнити необхідним змістом Закон “Про судоустрій і статус суддів”, сформувати ту судову систему, яка не на один рік, а на десятиліття формуватиме судову систему України і судову практику.

Ми розуміємо, яка відповідальність лежить на нас. Ми не проходили кваліфікаційне оцінювання, не проходили перевірку на предмет добросовісності. Хочу звернути увагу на те, що саме від нас залежатиме, наскільки ефективно буде реалізовано Закон “Про судоустрій і статус суддів” у частині формування судової системи, у першу чергу – Верховного Суду. Користуючись нагодою, звертаюся до присутніх, якщо у вас є бачення, як проводити кваліфікаційне оцінювання, які мають бути правила проведення добору чи конкурсу до Верховного Суду, як здійснювати формування апеляційних і окружних судів. Ми будемо раді скористатися усіма вашими пропозиціями.

Підготовлені листи до всіх громадських організацій, що діють у сфері права, до наукових і навчальних закладів з проханням висловити пропозиції щодо проведення іспитів, конкурсів на заміщення вакантних посад. Необхідно прийняти близько 20 нормативних документів для того, щоб ми могли реалізувати Закон “Про судоустрій і статус суддів”. Ми розуміємо той обсяг роботи, що на нас чекає, і ми раді завжди скористатися будь-якою допомогою, хто б нам її не пропонував, аби вона була спрямована на те, щоб ми виконали як найкраще покладені на нас обов’язки.

Щодо питання довіри до суду. Питання скоріше в наявності у суспільства достовірної інформації про діяльність судової гілки влади. Можна підрахувати по-різному, я різні бачив висновки, але до сьогоднішнього дня **суспільство не знає, за якими принципами діє судочинство.** Ніхто нікого не інформує про те, що судочинство здійснюється на засадах змагальності сторін, що не суд має комусь доводити, а суду треба встановити наявність порушеного права чи заперечувати проти відповідних доводів. Я не бачив, щоб хто-небудь у ЗМІ ці питання

¹⁷ Новий Закон України “Про судоустрій і статус суддів” проголосований 2 червня 2016р.

піднімав. Але від цього залежить і довіра до суду. Якщо громадяни не володіють достовірною інформацією, вони не можуть робити правильну оцінку діяльності суду. Ніхто ніколи не каже, що всі судові засідання починаються з оголошення складу суду і запитання, чи довіряють сторони суду в розгляді їх справи, і в рідких випадках суддям заявляють відвід, але це теж критерій, який можна оцінювати. ■

ІСНУЮТЬ РИЗИКИ У ФУНКЦІОНУВАННІ СУДОВОЇ ГІЛКИ ВЛАДИ В МАЙБУТНЬОМУ



Олег МАРЦЕЛЯК,
професор кафедри
конституційного права
Київського національного
університету ім.Т.Шевченка

Хочу висловити слова подяки присутнім тут, хто стояв у витоків створення нашого Основного Закону, хто приймав його. Це важливий крок у вітчизняному державотворенні. І не просто вітчизняні фахівці, але й зарубіжні визнавали прийнятий 28 червня 1996р. Основний Закон України як такий, що відповідає міжнародним стандартам, увібрав в себе найкращі, вироблені світовою міжнародною спільнотою, стандарти в галузі конституціоналізму.

Звичайно, 20 років життя нашого Основного Закону показало певні прогалини у регулюванні суспільних відносин, певні недоліки, закріплені в Конституції. І створення Конституційної Комісії було визвано нагальною необхідністю вдосконалення вітчизняної Конституції. Було обрано дещо хитрий шлях конституційної реформи, тому що було обрано три напрями конституційного реформування – питання децентралізації, питання удосконалення статусу судової гілки влади і питання прав і свобод людини і громадянина.

Я розумію, що ці питання були і залишаються важливими, і дуже добре, що Конституційна Комісія працювала над цими питаннями, і що ми маємо перші результати. Водночас слід сказати, що в нас є й інші питання: статус Верховної Ради України, статус Кабінету Міністрів. Невже вони є менш важливими, і менше проблем ми сьогодні бачимо у функціонуванні цих інституцій? Це перший недолік у роботі нашої Конституційної Комісії.

Що стосується змін до Конституції в частині правосуддя, звичайно, що тут є позитивні кроки. І стосовно статусу прокуратури: це питання порушували і вчені, і політики, і зарубіжні фахівці. Статус прокуратури, визначений в 1996р., був певним компромісом між політичними силами в Парламенті, щоб зберегти деякою мірою той статус, який був за радянських часів. Але сьогодні слід його міняти.

Позитивний крок стосовно цілого ряду інших питань, що стосуються організації, функціонування судової гілки влади в Україні. Хоча є і окремі недоліки у врегулюванні цього статусу, які залишилися в законі про внесення змін до Конституції. Це, наприклад, підвищення статусу адвокатури.

З чим це пов'язано? Навіщо це було зроблено на конститутційному рівні? Які міжнародні стандарти бралися до уваги?

Інше питання, прийняття змін до Конституції у частині правосуддя робить нашу судову гілку влади надто незалежною. Механізм стримувань і противаг, передбачений чинною Конституцією, стосується призначення суддів, коли перше призначення здійснювалося Президентом, безстрокове – Парламентом. Десь він спрацьовував, десь – ні, десь мали місце певні політичні аспекти, але на сьогодні цього механізму стримувань і противаг ми позбавлені, хоча на засіданні Конституційної Комісії я пропонував, що, можливо, варто в Україні запровадити інститут імпичменту суддів, як це відбувається у Великій Британії, у США, де судова гілка влади не позбавлена абсолютної незалежності шляхом запровадження цього інституту.

Я бачу ризики у функціонуванні нашої судової гілки влади в майбутньому. Надто вона стає незалежною. У майбутньому можливими є певні негативні наслідки.

Я цілком поділяю позицію, що сьогодні ми повинні говорити про те, що маємо робити зараз, коли вже зміни прийняті. Ми повинні думати, як вони мають реалізовуватися на практиці. Звичайно, це імплементація положень змін до Конституції у чинне законодавство. І тут знову ж таки є ризики. Присутні члени Конституційної Комісії, Робочої групи з питань правосуддя пам'ятають, як активно ми обговорювали на засіданні Робочої групи статус Вищого адміністративного суду, і як відстоювалась позиція, що Адміністративний суд не повинен належати до Верховного Суду, що повинен бути Верховний адміністративний суд. І положення, закріплене у змінах до Конституції, що є Верховний Суд і є вищі спеціалізовані суди ми розглядали в тому аспекті, що це буде Вищий адміністративний суд. Що ж ми бачимо? У Законі "Про судоустрій і статус суддів" Адміністративний суд розглядається як спеціалізований суд Верховного Суду.

Ми передбачили конституційну скаргу. Знову ж таки, щоб і ця ідея не була нівельована на практиці шляхом прийняття відповідного закону чи про КСУ, чи це буде інший закон. Ідея конституційної скарги в цьому проекті закону належним чином не виписана. Що дуже важливо: навіть якщо ми приймемо досконалі закони, спрямовані на імплементацію змін до Конституції, чи будуть вони належним чином реалізовуватися на практиці?

Який це вже буде закон, присвячений регулюванню статусу судів в Україні? Кожен з нових прийнятих законів вважався найдемократичнішим, таким, що враховує зарубіжну практику функціонування судів. Водночас, кожен із прийнятих законів зумовлював те, що довіра до наших вітчизняних судів дедалі більше падала, а недовіра – зростала. Тому дуже важливо, щоб інститути громадянського суспільства, наукова громадськість більше говорили про ті проблеми, що виникатимуть під час реалізації судової реформи в Україні. Щоб у нас не було "уявного конституціоналізму" чи "конституційної графоманії", коли ми приймаємо зміни до Конституції, прекрасні закони, а питання конституціоналізації суспільства, суспільних відносин не вирішується. ■

ГРОМАДСЬКА ДУМКА ПРО СУДОВУ РЕФОРМУ ТА КОНСТИТУЦІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Здійснення судової реформи неможливе без її підтримки суспільством, тому під час її реалізації важливо враховувати громадську думку як про недоліки існуючої судової системи, так і про шляхи її реформування. З цією метою соціологічною службою Центру Разумкова було проведено соціологічне дослідження¹.

Досліджувалася також громадська думка стосовно гарантування у Конституції реалізації прав людини і громадянина.

Далі в таблицях і діаграмах наводяться узагальнені результати соціологічного дослідження².

ГРОМАДСЬКА ДУМКА ПРО СУДОВУ РЕФОРМУ

Джерела інформації про судову систему

Формування ставлення до судової системи відбувається насамперед під впливом засобів масової інформації. 50% опитаних зазначили, що вони отримують інформацію про діяльність судів лише зі ЗМІ, 29% – із досвіду родичів, друзів, знайомих і ЗМІ, 11% – із власного досвіду, досвіду родичів, друзів, знайомих і ЗМІ, і лише 4% зазначили, що таку інформацію вони отримують із власного досвіду, досвіду родичів, друзів, знайомих (без впливу засобів масової інформації).

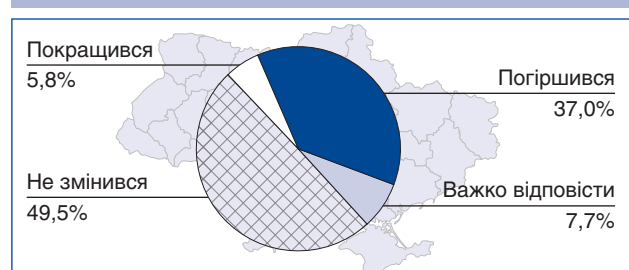
Звідки Ви отримуєте інформацію про діяльність судів в Україні?
% опитаних



Оцінка існуючої системи судочинства

Суди і прокуратура в Україні належать до соціальних інститутів з одним із найнижчих рівнів довіри в суспільстві – судам висловили довіру лише 11% опитаних громадян, прокуратурі – 10%³. До того ж, лише 6% респондентів вважають, що за період з березня 2014р. по березень 2016р. стан правосуддя в державі покращився, половина респондентів дотримуються думки, що він не змінився, а 37% – що він погіршився. Дві третини (66%) респондентів ставляться до існуючої системи судострою негативно, лише 6% – позитивно і 19% – байдуже.

За період з березня 2014р. по березень 2016р. стан правосуддя в державі...?
% опитаних



Рівень довіри до судової системи є низьким у всіх без винятку регіонах України, так само як у всіх регіонах низькою є частка тих, хто бачить позитивні зміни у судовій системі протягом останніх років і високою є частка тих, хто ставиться до існуючої системи судострою негативно.

¹ Дослідження проводилося 22-26 квітня 2016р. в усіх регіонах України за винятком Криму та окупованих територій Донецької та Луганської областей. Опитано 2 018 респондента віком від 18 років. Теоретична похибка вибірки не перевищує 2,3%.

² Хоча регіональний розподіл у таблицях і діаграмах не представлено, проте в тексті іноді, в разі суттєвих відмінностей, наводяться дані по регіонах. Використовується наступний розподіл територій за регіонами: **Захід**: Волинська, Закарпатська, Івано-Франківська, Львівська, Рівненська, Тернопільська, Чернівецька області; **Центр**: Київ, Вінницька, Житомирська, Київська, Кіровоградська, Полтавська, Сумська, Хмельницька, Черкаська, Чернігівська області; **Південь**: Миколаївська, Одеська, Херсонська області; **Схід**: Дніпропетровська, Запорізька, Харківська області; **Донбас** – Донецька, Луганська області.

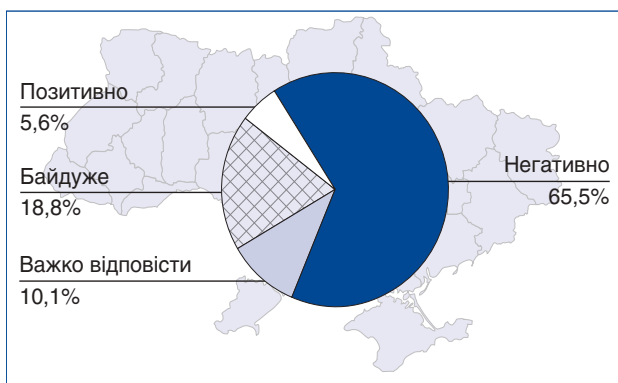
³ Сума варіантів відповіді "довіряю" і "скоріше довіряю".

Якою мірою Ви довіряєте наведеним соціальним інститутам?
% опитаних

	Довіряю	Скоріше довіряю	Скоріше не довіряю	Не довіряю	Важко відповісти	БАЛАНС*
Волонтерські організації	13,6	50,1	12,8	11,2	12,4	39,7
Збройні Сили України	12,1	49,7	15,7	14,1	8,3	32,0
Церква	19,7	40,8	16,2	12,6	10,6	31,7
Добровольчі батальйони	17,1	41,4	13,4	17,3	10,7	27,8
Національна гвардія України	13,2	44,1	17,0	15,2	10,4	25,1
Патрульна поліція (нова)	7,8	36,1	18,0	14,9	23,2	11,0
Громадські організації	4,9	41,9	23,4	14,8	15,0	8,6
ЗМІ України	4,4	40,1	27,1	21,0	7,4	-3,6
Органи місцевого самоврядування	4,0	33,5	27,2	23,5	11,8	-13,2
Служба безпеки України	3,6	27,5	24,1	30,5	14,3	-23,5
Західні ЗМІ	3,1	25,1	25,6	26,3	19,9	-23,7
Районні державні адміністрації	2,0	26,3	33,6	25,6	12,5	-30,9
Національне антикорупційне бюро України (НАБУ)	3,9	17,7	26,0	29,6	22,7	-34,0
Профспілки	2,7	19,5	31,0	26,6	20,2	-35,4
Обласні державні адміністрації	1,4	23,8	34,9	28,6	11,4	-38,3
Поліція	2,5	22,2	31,1	34,2	9,9	-40,6
Президент України	2,8	21,5	31,8	37,2	6,7	-44,7
Уряд України	1,3	14,5	30,8	44,1	9,4	-59,1
Верховна Рада України	0,6	14,0	33,8	46,4	5,4	-65,6
Політичні партії	0,7	9,0	34,4	43,9	12,0	-68,6
Національний банк України	1,3	9,9	28,5	51,6	8,6	-68,9
Суди	1,7	8,8	29,4	53,8	6,4	-72,7
Комерційні банки	1,0	9,1	31,0	51,9	7,1	-72,8
Прокуратура	1,2	8,7	32,1	52,2	5,8	-74,4
ЗМІ Росії	0,5	5,8	26,0	57,6	10,2	-77,3
Державний апарат (чиновники)	0,5	6,9	37,5	49,6	5,6	-79,7

* Розраховується як різниця між довірою ("довіряю" + "скоріше довіряю") та недовірою ("не довіряю" + "скоріше не довіряю").

Як Ви ставитеся до існуючої системи
судуострою в Україні?
% опитаних



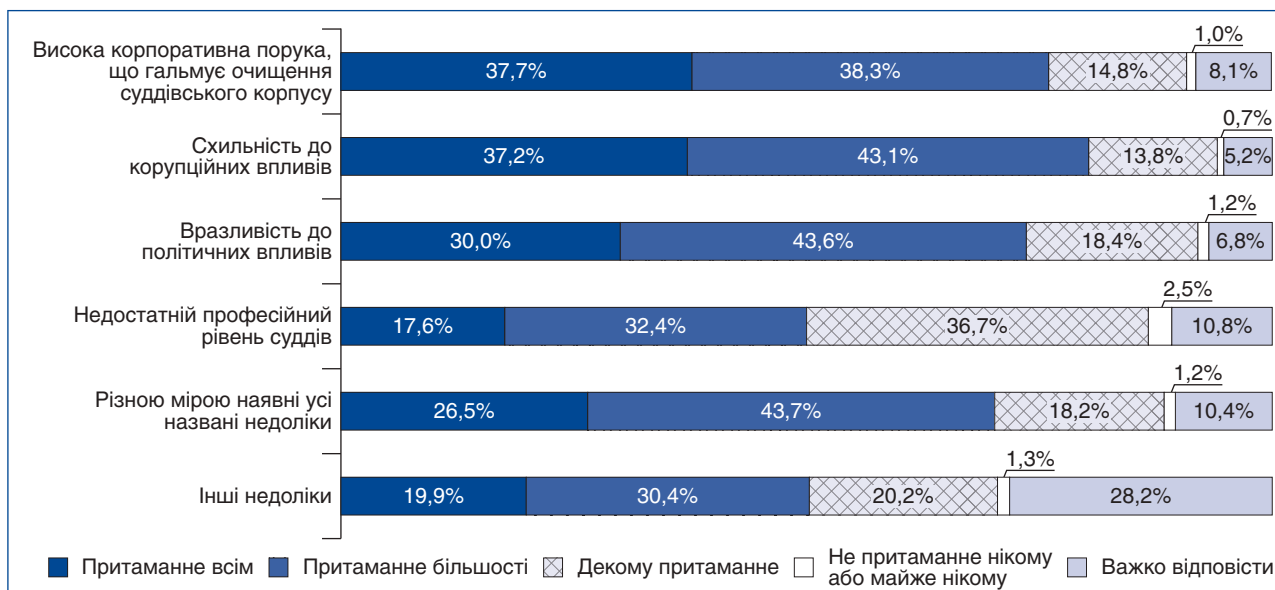
80% респондентів вважають, що більшості або всім суддям і судам властива схильність до корупційних впливів, 76% – висока корпоративна порука, що гальмує очищення суддівського корпусу, 74% – вразливість до політичних впливів, 50% – недостатній професійний рівень суддів, 70% – усі зазначені недоліки⁴.

Відповідаючи на питання, чим найчастіше керуються судді під час винесення судового рішення, відносна більшість (41%) респондентів дають відповідь "власною вигодою", 14% – майновим та/або посадовим становищем сторін, 8% – вказівкою голови суду, 7% – політичною ситуацією в державі. Лише 14% опитаних вважають, що судді керуються насамперед обставинами справи і законом, 6% – законом.

Ці результати свідчать про те, що реформування судової системи є вкрай необхідним.

⁴ Сума варіантів відповіді "притаманна всім" та "притаманна більшості".

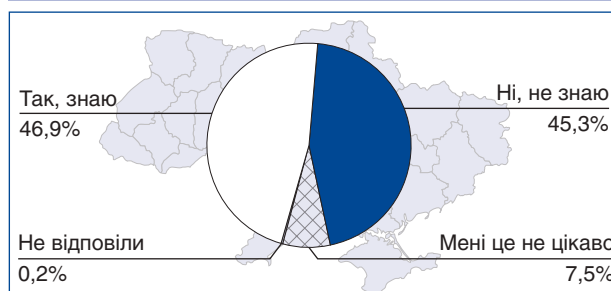
Наскільки притаманні суддям і судам наведені недоліки? % опитаних



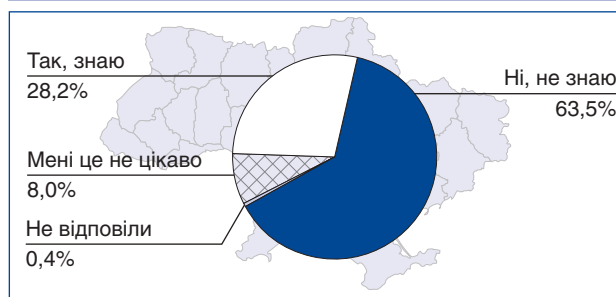
Чим найчастіше керуються судді під час винесення судового рішення? % опитаних



Чи знаєте Ви, для вирішення яких справ створені господарський та адміністративний суди? % опитаних



Чи знаєте Ви, яким вимогам має відповідати кандидат на посаду судді? % опитаних



Рівень поінформованості про запропоновані зміни до Конституції, оцінка мотивів дій ініціаторів цих змін та можливих наслідків пропонує змін

Загалом рівень компетентності простого громадянина в питаннях, пов'язаних із організацією суду, є не дуже високим. Так, менше половини (47%) опитаних знають, для вирішення яких справ створені господарський та адміністративний суди. Лише 28% знають, яким вимогам має відповідати кандидат на посаду судді.

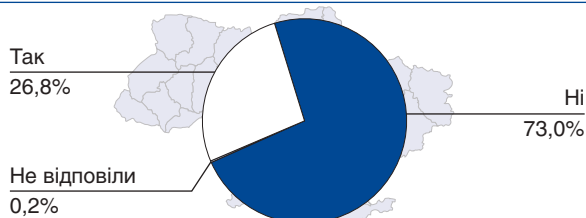
Лише чверть (27%) опитаних знають про те, що Верховна Рада України попередньо схвалила проект Закону України "Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)". Найвищим є рівень обізнаності про це у Східному регіоні (35%), в інших регіонах – від 20% (на Донбасі) до 28% – у Центрі.

Оцінюючи цілі ініціаторів змін до Конституції, 21% респондентів (32% серед тих, хто знає про те, що Верховна Рада України попередньо схвалила проект Закону України "Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)") вважають, що ініціатори

реформи насамперед керуються наміром унеможливити політичний вплив на діяльність судів, відповідно, 13% і 22% – зміцнити гарантії незалежності суддів, відповідно, 9% і 11% – усунути Парламент від впливу на діяльність судів. Проте відповідно, 16% і 12% називають як провідний мотив бажання зберегти вплив на діяльність судів Президента України (останню точку зору найчастіше поділяють жителі Півдня (28% жителів цього регіону).

Очікування від впровадження змін до Конституції є досить стриманими: 39% опитаних дотримуються думки, що вони жодним чином не вплинуть на діяльність судів, 16% очікують позитивних змін, а 10% – негативних. Досить велика частка респондентів (35%) не змогли відповісти на це питання.

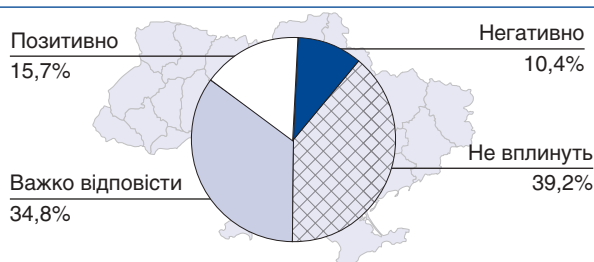
Чи знаєте Ви, що Верховна Рада України попередньо схвалила проект Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”?
% опитаних



Якою є мета ініціаторів внесення змін до Конституції України?
% опитаних



Як саме вплинуть зміни до Конституції України на діяльність суддів?
% опитаних

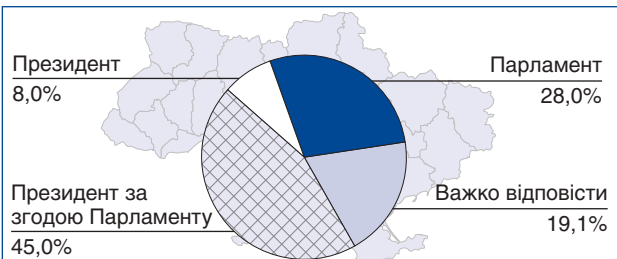


Разом з тим, серед тих, хто знає про те, що Верховна Рада України попередньо схвалила проект Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”, очікують позитивних змін від ухвалення цього закону більше (36%), ніж загалом серед опитаних. Лише 11% представників цієї групи чекають негативних змін, 35% дотримуються думки, що вони жодним чином не вплинуть на діяльність судів.

Оцінки громадянами окремих положень судової реформи

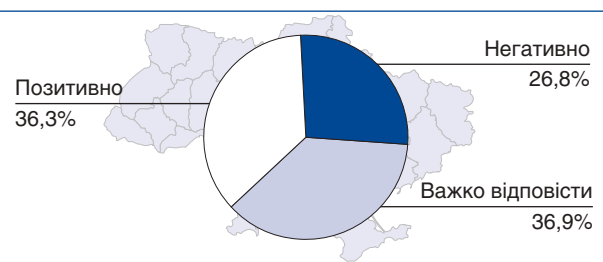
Майже половина (45%) опитаних вважають, що призначення на посаду Генерального прокурора має здійснювати Президент України за згодою Парламенту, 28% – Парламент і лише 8% – Президент. Отже, відносно більшості респондентів задовольняє існуюча процедура призначення Генерального прокурора. Виняток становить лише Південний регіон, де відносно більшості (46%) виступають за те, щоб Генеральний прокурор призначався Парламентом.

Хто має призначати на посаду Генерального прокурора України?
% опитаних



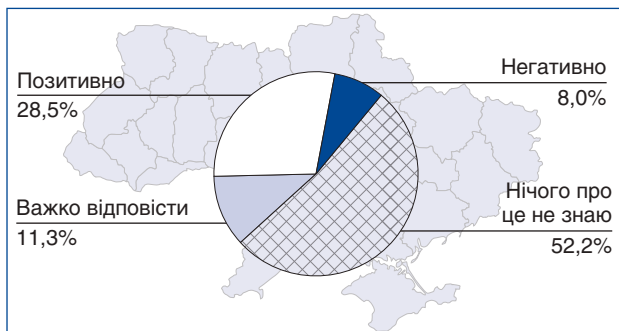
Понад третини (36%) опитаних позитивно поставилися до пропозиції внести зміну до Конституції України, відповідно до якої “виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення”. Негативне ставлення до цієї пропозиції висловили 27%, а 37% утрималися від відповіді. Частіше позитивне, ніж негативне ставлення до цієї пропозиції висловлюють жителі Заходу (відповідно, 47% і 22%), Півдня (відповідно, 35% і 22%), Сходу (відповідно, 37% і 31%). У Центральному регіоні (відповідно, 33% і 30%) і на Донбасі (відповідно, 30% і 26%) частки прихильників і противників цієї новації статистично значимо не відрізняються.

Як Ви ставитеся до пропозиції внести зміну до Конституції України, відповідно до якої “ВИКЛЮЧНО адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення”?
% опитаних



Дещо більше половини (52%) опитаних, відповідаючи на питання: **“Як Ви ставитеся до запропонованої зміни до Конституції України розширення повноважень Конституційного Суду України?”** дають відповідь “нічого про це не знаю”. 29% ставляться до цього позитивно, 8% – негативно. Найчастіше позитивне ставлення до такої пропозиції висловлюють жителі Сходу (37%) та Півдня (35%) країни.

Як Ви ставитеся до запропонованої зміни до Конституції України розширення повноважень Конституційного Суду України?
% опитаних



Значна увага в реформуванні судустрою надана забезпеченню такої процедури призначення суддівського корпусу та контролю суспільства за його діяльністю, який би зводив до мінімуму можливості для корупційних дій.

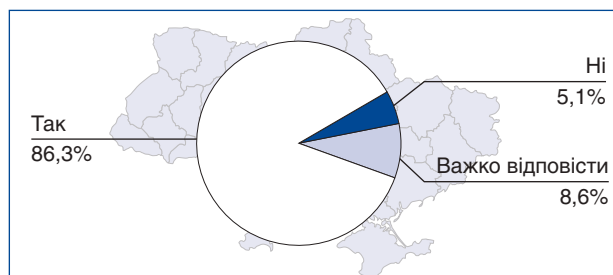
Відносна більшість (41%) опитаних вважають, що призначати суддів на посади мають громадяни шляхом виборів. Близько третини (31%) – воліють покласти цю функцію на Вищу раду юстиції, лише 10% – на Верховну Раду і лише 7% – на Президента.

Хто має призначати суддів на посади?
% опитаних



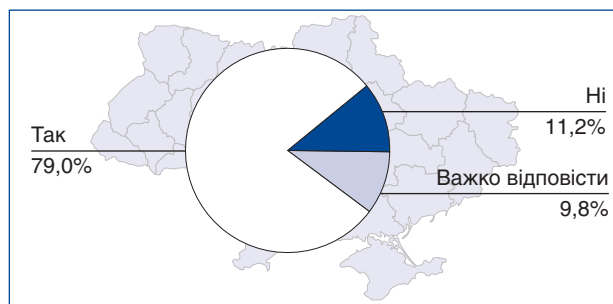
Переважає більшість (86%) опитаних погоджується з тим, що ненадання підтвердження законності джерел походження майна має бути обов'язковою підставою для звільнення судді з посади (не згодні з цим лише 5% респондентів).

Чи підтримуєте Ви думку, що ненадання підтвердження законності джерел походження майна має бути обов'язковою підставою для звільнення судді з посади?
% опитаних



Так само переважна більшість (79%) підтримують думку, що кандидат на посаду судді має до цього проживати в Україні визначений законом строк (не поділяють цю точку зору 11%).

Чи підтримуєте Ви думку, що кандидат на посаду судді має до цього проживати в Україні визначений законом строк?
% опитаних



Отже, суди та прокуратура в Україні належать до соціальних інститутів з одним з найнижчих рівнів довіри в суспільстві. Найбільшими вадами судової системи громадяни України вважають її корумпованість, корпоративну поруку та залежність від представників влади (і як наслідок – обслуговування їх інтересів). Усе це свідчить про необхідність докорінних реформ у судовій системі.

Очікування в суспільстві від впровадження проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” є досить стриманими – відносна більшість громадян вважають, що ці зміни жодним чином не вплинуть на діяльність судів. Разом з тим, є підстави очікувати, що підвищення рівня поінформованості суспільства про характер пропонованих змін може покращити ставлення до них громадськості.

Велике значення у реформуванні судустрою мають забезпечення такої процедури призначення суддівського корпусу та контролю суспільства за його діяльністю, який би зводив до мінімуму можливості для корупційних дій. Відносна більшість опитаних вважають, що призначати суддів на посади мають громадяни шляхом виборів, а переважна більшість погоджується з тим, що ненадання підтвердження законності джерел походження майна має бути обов'язковою підставою для звільнення судді з посади.

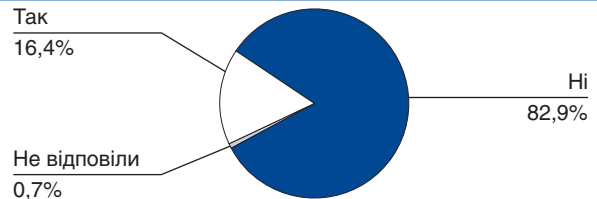
ГРОМАДСЬКА ДУМКА ПРО КОНСТИТУЦІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Гарантування в Конституції основоположних прав людини

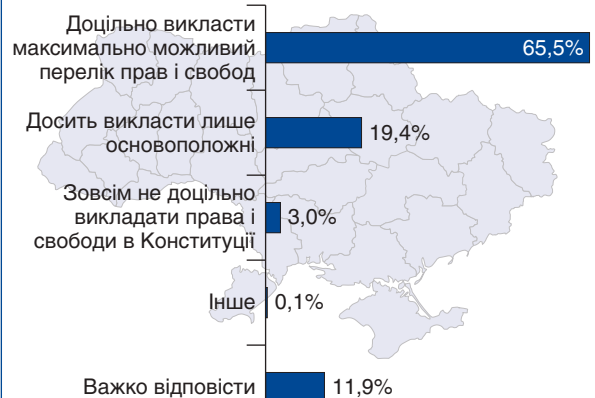
Хоча лише 16% громадян заявили, що хоч коли-небудь зверталися до тексту Конституції для захисту своїх прав, дві третини (66%) опитаних вважають, що в Конституції України доцільно викласти максимально можливий перелік прав і свобод людини і громадянина. Лише кожен п'ятий (19%) дотримується думки, що досить викласти тільки основоположні права і свободи, і лише 3% – що зовсім не доцільно викладати права і свободи в Конституції.

Абсолютна більшість (97%) респондентів вважають, що Конституція повинна гарантувати право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування (а 90% – право на безоплатну медичну допомогу), 97% – право на соціальний захист, 96% – право на працю, 95% – право на житло, 94% – право на приватну власність, 92% – право на відпочинок, 92% – право на достатній життєвий рівень, 90% – право на безоплатну освіту, 88% – право на підприємницьку діяльність, 82% – право на страйк. На Донбасі дещо рідше, порівняно з середніми показниками по країні, називають необхідність гарантування деяких економічних прав, пов'язаних із реаліями ринкової економіки: права на приватну власність (85%), права на підприємницьку діяльність (74%), права на страйк (67%).

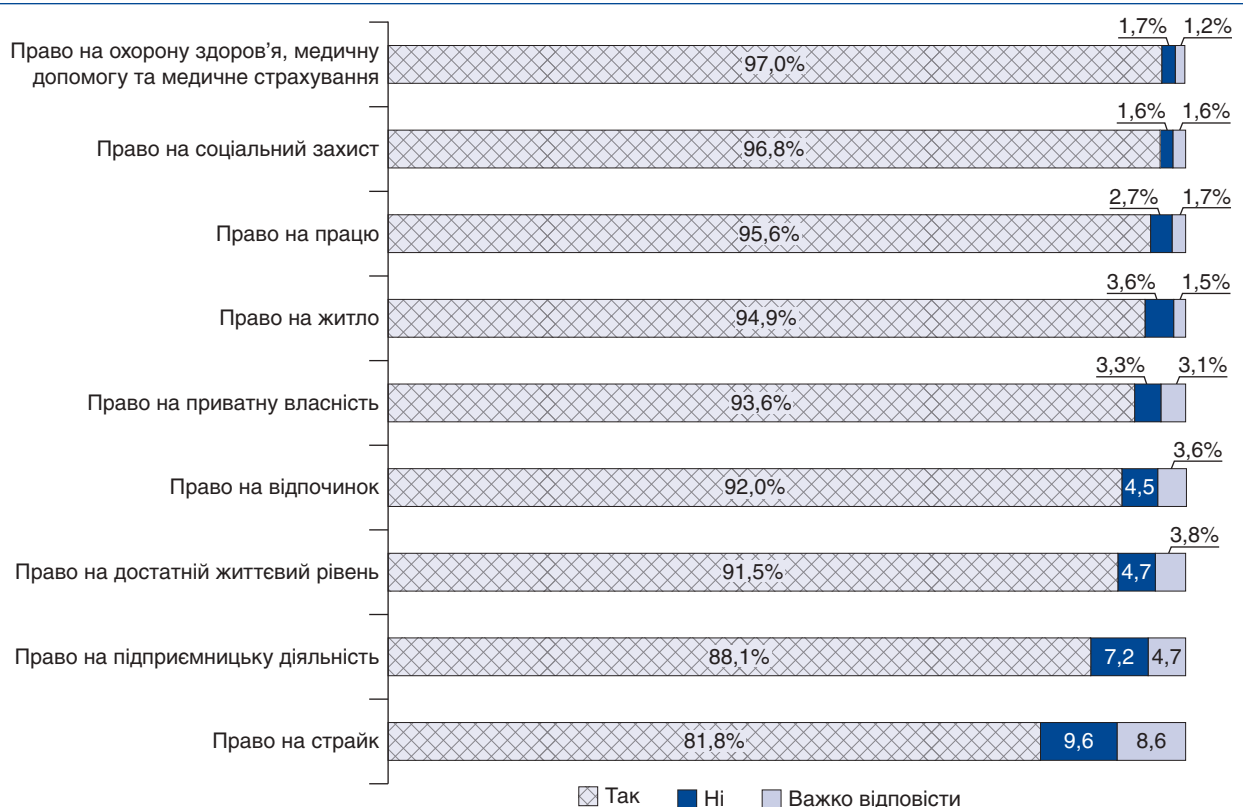
Чи зверталися Ви до тексту Конституції України для захисту Ваших прав? % опитаних



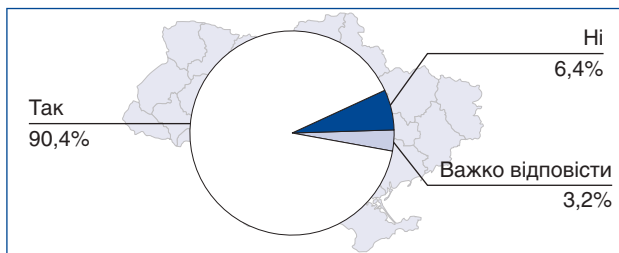
У Конституції України доцільно викласти максимально можливий перелік прав і свобод людини і громадянина, чи слід викласти лише основоположні? % опитаних



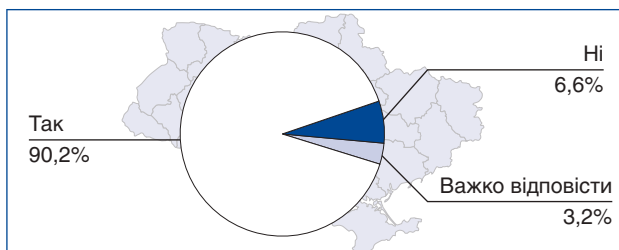
Чи має Конституція гарантувати наступні соціально-економічні права? % опитаних



Чи вважаєте Ви, що Конституцією має бути гарантовано безоплатну медичну допомогу?
% опитаних

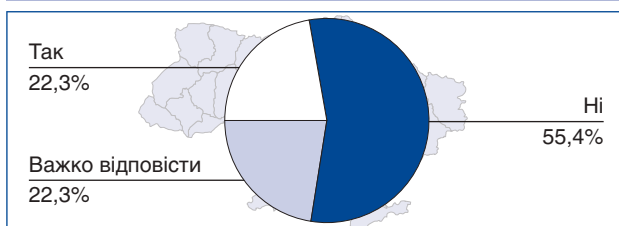


Чи вважаєте Ви, що Конституцією має бути гарантовано безоплатну освіту?
% опитаних



Більшість (55%) респондентів виступають проти пропозиції не включати до Конституції положення “про права в демократичному суспільстві”, оскільки наше суспільство не відповідає повною мірою демократичним стандартам. Погоджуються із такою пропозицією лише 22% опитаних, найчастіше – на Півдні (35%) і Сході (37%) країни. До того ж, на Півдні частка тих, хто підтримує цю пропозицію, дорівнює частці тих, хто виступає проти неї (у всіх інших регіонах проти такої пропозиції виступають більшість або відносна більшість опитаних).

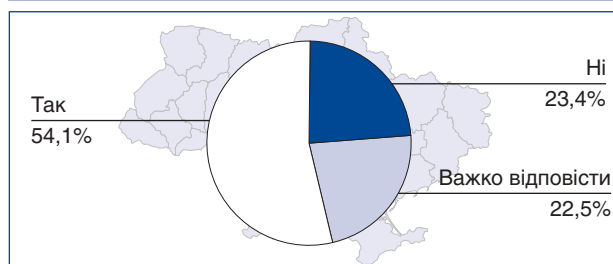
Пропонується не включати до Конституції положення “про права у демократичному суспільстві”, оскільки наше суспільство не відповідає повною мірою демократичним стандартам. Чи згодні Ви з такою пропозицією?
% опитаних



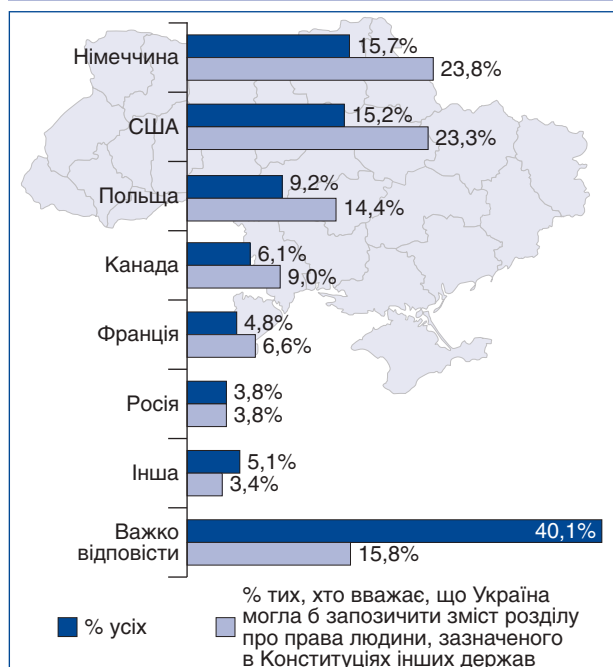
54% громадян вважають, що Україна має взяти за зразок розділ про права людини, вже передбачений існуючими Конституціями окремих країн (проти цього – 23%). Найчастіше цю точку зору поділяють жителі Західного регіону (72%), найрідше – Донбасу (40%). Найчастіше за зразок громадяни України хотіли б взяти розділ про права людини конституцій Німеччини (16% усіх опитаних), США (15%), Польщі (9%).

Відносна більшість (48%) респондентів вважають, що в Конституції України варто зазначити, що основоположні права людини в конкретних випадках поширюються і на юридичних осіб (лише 18% виступають проти цього). Меншу підтримку ця ідея має на Донбасі (відповідно, 37% і 25%).

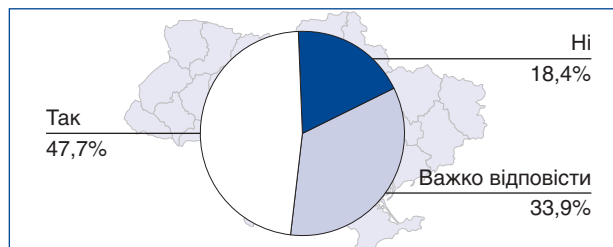
Чи вважаєте Ви, що Україна має взяти за зразок розділ про права людини, вже передбачений існуючими Конституціями окремих країн?
% опитаних



Якщо Ви вважаєте, що Україна могла б запозичити зміст розділу про права людини, зазначеного в Конституціях інших держав, то Конституції якої з перелічених держав Ви віддали б перевагу?
% опитаних



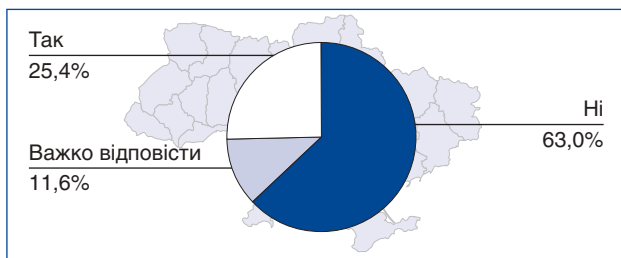
Чи варто в Конституції України зазначити, що основоположні права людини в конкретних випадках поширюються і на юридичних осіб?
% опитаних



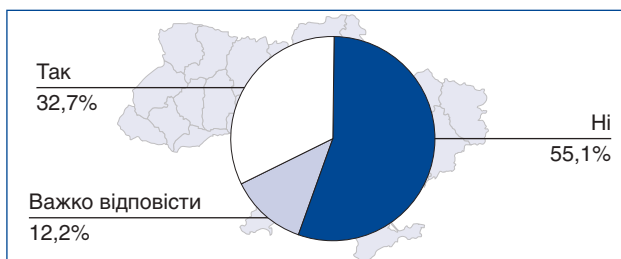
У ставленні до забезпечення прав людини громадяни України частіше виходять з того, що інтереси індивіда мають поступитись інтересам колективу, суспільства, держави (так вважають 52% опитаних, ця точка зору переважає у всіх регіонах країни). Лише 24% дотримуються думки, що інтереси колективу, суспільства, держави мають поступитись інтересам індивіда.

У більшості випадків...?
% опитаних

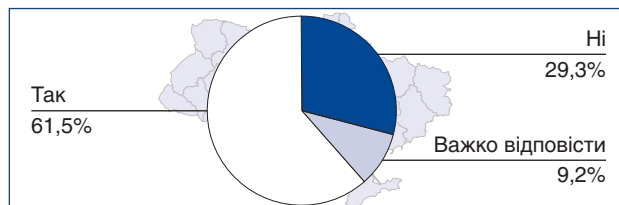
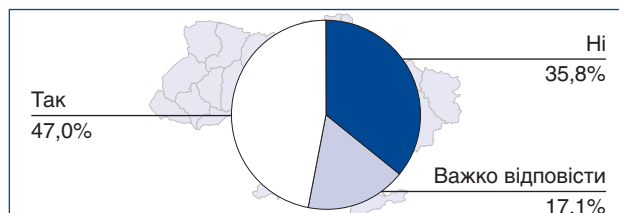

Значною мірою саме цим підходом пояснюється те, що лише чверть опитаних виступають за закріплення в Конституції права на зброю (проти – 63%). Дещо частіше, порівняно з іншими регіонами, за те, щоб таке право було закріплене в Конституції, виступають жителі Західного регіону (34%), хоча і в цьому регіоні більшість (58%) виступають проти цього.

Чи варто в Конституції України закріпити “право людини на зброю”?
% опитаних

Подвійне громадянство та зміна громадянства

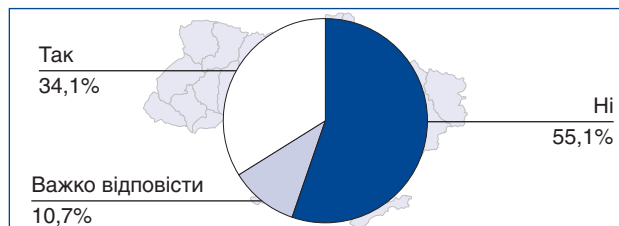
Також, очевидно, пріоритетом інтересів суспільства респонденти керуються, коли більшість з них (55%) заперечують можливість подвійного громадянства (за подвійне громадянство виступають 33% опитаних). Єдиний регіон, де більшість респондентів виступають за можливість подвійного громадянства – це Південь (51%). 62% громадян України вважають, що “в Україні має визнаватися одне єдине громадянство – українське”.

Чи слід Україні дозволити можливість подвійного громадянства для своїх громадян (тобто дозволити, щоб громадянин України одночасно міг бути також і громадянином іншої держави)?
% опитаних


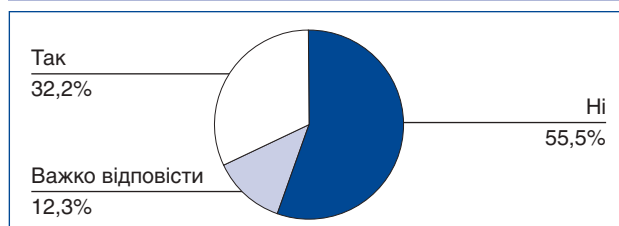
Цими ж мотивами може бути пояснена підтримка можливості позбавлення громадянства на певних підставах (підтримують впровадження такої норми до Конституції 47% опитаних, не підтримують 36%). Лише на Сході більшість (52%) респондентів виступають проти цього, на Донбасі число прихильників і противників цієї ідеї статистично значуще не відрізняється, в інших регіонах переважає її підтримка.

Чи вважаєте Ви, що в Україні має визнаватися одне єдине громадянство – українське?
% опитаних

У Конституції України встановлено, що “громадянин України не може бути позбавлений громадянства” (ч.1 ст.25). Чи допускаєте Ви можливість передбачити в Конституції позбавлення громадянства України на певних підставах?
% опитаних

Ставлення до норми обов’язкової участі у виборах

Проте, принципу пріоритетності суспільних інтересів над індивідуальними суперечить те, що більшість (55%) респондентів не підтримують внесення до законодавства норми, згідно з якою громадяни повинні мати не право, а обов’язок брати участь у виборах і референдумах (тобто, неучасть у виборах буде вважатися порушенням закону), підтримують впровадження такої норми лише третини (34%) опитаних.

Чи вважаєте Ви, що громадяни повинні мати не право, а обов’язок брати участь у виборах і референдумах? (Тобто, неучасть у виборах буде вважатися порушенням закону.)
% опитаних

Забезпечення свободи слова

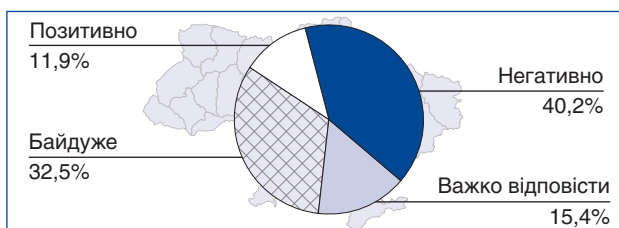
Більшість (56%) респондентів не вважають, що свободу слова можна обмежувати з міркувань моралі (згодні з цим 32% опитаних). Проти обмеження свободи слова з міркувань моралі виступають більшість або відносна більшість жителів усіх регіонів.

Чи вважаєте Ви, що свободу слова можна обмежувати з міркувань моралі?
% опитаних


Проблема визначення шлюбу в Конституції

Відносна більшість (40%) опитаних негативно сприймають пропозицію вилучити з Конституції поняття “шлюб”, який “ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка (ч.1 ст.51), а визначення шлюбу давати в іншому законі. 12% респондентів поставилися б до цього позитивно, а 33% – байдуже. Частіше негативно сприймають таку пропозицію жінки (44%), ніж чоловіки (36%), тоді як чоловіки демонструють байдуже ставлення (відповідно, 28% і 38%). Частка тих, хто ставиться до цього позитивно, серед жінок і чоловіків є однаковою (по 12%).

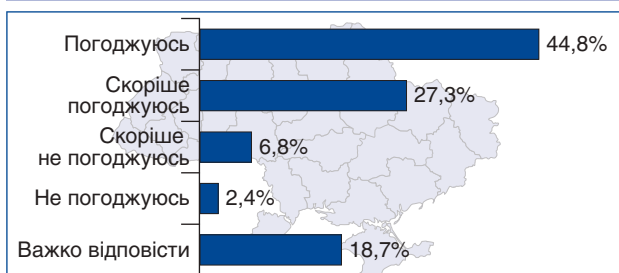
У проекті змін до Конституції пропонується вилучити поняття “шлюб”, який “ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка” (ч.1 ст.51). Визначення “шлюбу” пропонується давати в іншому законі. Як Ви сприймаєте таку пропозицію?
% опитаних



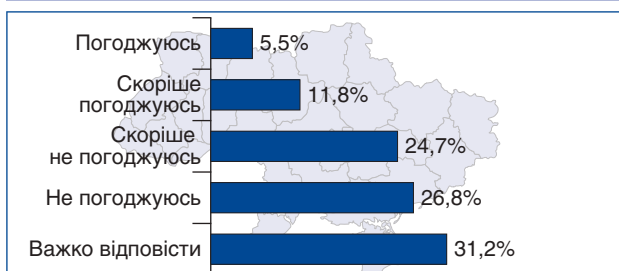
Погоджуються⁵ із наступним положенням Конституції України в теперішній редакції: “Шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка” 72% опитаних (однаковою мірою серед жінок і чоловіків), не погоджуються – 9%⁶.

52% опитаних (54% жінок і 48% чоловіків) не погодилися б із вилученням цього положення з Конституції (погодилися б лише відповідно, 17%, 17% і 18%).

Якою мірою Ви погоджуєтесь з наступним положенням Конституції України в теперішній редакції: “Шлюб ґрунтується на вільній згоді жінки і чоловіка”?
% опитаних



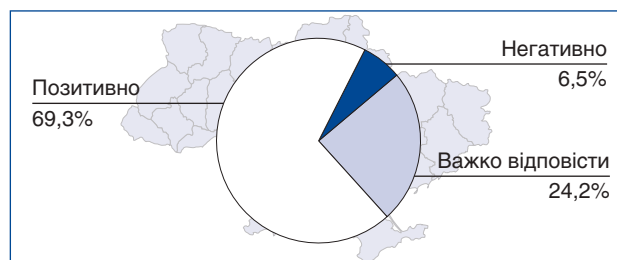
Якою мірою Ви погоджуєтесь із вилученням цього положення з Конституції України?
% опитаних



Надання громадянам можливості звернення зі скаргою до Конституційного Суду

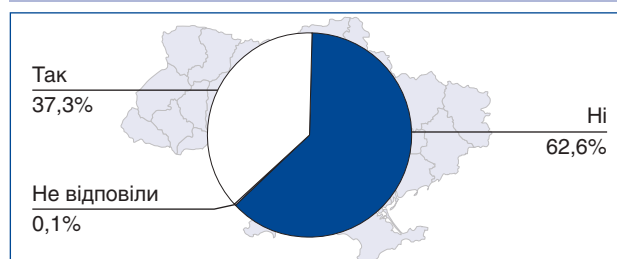
Можливість звернення громадянина до Конституційного Суду зі скаргою є одним із механізмів захисту прав громадян. Більшість (69%) опитаних позитивно ставляться до надання можливості громадянам звертатися зі скаргою до Конституційного Суду (негативно – лише 7%).

Як Ви ставитеся до надання громадянам можливості звернення зі скаргою до Конституційного Суду?
% опитаних



Разом з тим, лише 37% опитаних знають, що таке конституційна скарга. Тобто, у випадку, якщо громадянам буде надана можливість звертатися із конституційною скаргою, необхідним є проведення просвітницької кампанії стосовно механізмів реалізації такої можливості громадянами.

Чи знаєте Ви, що таке конституційна скарга?
% опитаних



Отже, переважна більшість громадян України вважають, що в Конституції України доцільно викласти максимально можливий перелік прав і свобод людини і громадянина. На думку громадян, Конституція повинна гарантувати такі права, як право на охорону здоров'я, безоплатну медичну допомогу, медичне страхування, безоплатну освіту, соціальний захист, працю, житло, приватну власність, достатній життєвий рівень, відпочинок, право на підприємницьку діяльність та на страйк.

У ставленні до забезпечення прав людини українці частіше виходять з того, що інтереси індивіда мають поступитись інтересам колективу, суспільства, держави. Значною мірою саме цим підходом пояснюється те, що більшість респондентів виступають проти закріплення в Конституції права на зброю, заперечують можливість подвійного громадянства, виступають за можливість позбавлення громадянства на певних підставах.

Переважна більшість опитаних позитивно ставляться до надання можливості громадянам звертатися зі скаргою до Конституційного Суду. ■

⁵ Сума варіантів відповіді “погоджуюсь” та “скоріше погоджуюсь”.

⁶ Сума варіантів відповіді “не погоджуюсь” та “скоріше не погоджуюсь”.

ЗМІНИ ДО КОНСТИТУЦІЇ СТОСОВНО ПРАВОСУДДЯ: ОЦІНКИ ФАХІВЦІВ

У травні 2016р. у рамках Проекту “Конституційний процес в Україні: удосконалення засад правосуддя, прав, свобод і обов’язків людини і громадянина” Центр Разумкова провів Заочний круглий стіл у вигляді інтерв’ю з фахівцями.

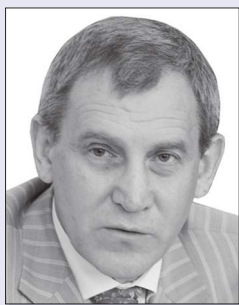
Метою опитування було з’ясувати доцільність та обґрунтованість пропонованих у проекті Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” №3524 від 25 листопада 2015р. змін до Конституції.

Фахівців просили відповісти на наступні питання:

1. Як Ви оцінюєте положення проекту Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” №3524 від 25 листопада 2015р. (ст.125 Конституції), яким система судопроцесу не визначається Конституцією, а вирішення цього питання віднесено до регулювання законом?
2. Чи підтримуєте Ви визначення законопроектом (щодо правосуддя) місце прокуратури в системі поділу влади (пропонується скасувати Розділ VII “Прокуратура” і перенести положення щодо прокуратури до розділу VIII “Правосуддя”) та пропоновані ним повноваження прокуратури?
Чи варто запровадити на конституційному рівні кваліфікаційні вимоги до кандидата на посаду прокурора за аналогією з вимогами до кандидата на посаду судді?
3. Як Ви ставитеся до положень проекту Закону (щодо правосуддя) (ст.131-2), згідно з яким виключно адвокат здійснюватиме представництво іншої особи в суді?

Далі наводяться тексти відповідей учасників Заочного круглого столу в алфавітному порядку¹.

СЬОГОДНІ ОБГОВОРЮВАТИ ПИТАННЯ ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ МОЖНА ЛИШЕ НА ТЕОРЕТИЧНОМУ РІВНІ



Олег БЕРЕЗЮК,
голова Українського
юридичного товариства

Сьогодні сама ідея перегляду Конституції, чи основних її положень є неприйнятною, оскільки ст.157 Основного Закону забороняє внесення будь-яких змін до Конституції в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Свого часу законодавець цілком логічно та обґрунтовано встановив таку заборону, виходячи з того, що в умовах суспільно-політичної нестабільності неможливо приймати політично виважені рішення.

Наявність ознак зовнішньої агресії проти України створює правові підстави для запровадження

воєнного стану. Формальна відсутність відповідного нормативно-правового акта не є аргументом для твердження про відсутність у нас воєнного стану, а лише свідчить про неадекватну реакцію Президента України на факт анексії Криму та часткову окупацію Луганської та Донецької областей. Враховуючи наявність правових підстав для запровадження воєнного стану, можна стверджувати, що сьогодні обговорювати питання внесення змін до Конституції можна лише на теоретичному рівні. Водночас слід враховувати, що всі науково обґрунтовані зауваження і пропозиції щодо змін до Основного Закону матимуть практичне значення лише після деокупації Криму і завершення бойових дій на Сході України.

1. Якщо виходити з необхідності проведення судової реформи, то слід зазначити, що таку реформу потрібно проводити виважено та обережно. Україна є демократичною і правовою державою, а тому для забезпечення основних прав і свобод людини роль незалежної судової гілки влади має бути вирішальною.

У процесі реалізації судової реформи варто звернути увагу на необхідність зменшення залежності суду від інших гілок влади. Для забезпечення прийняття судами справедливих і правосудних рішень судді мають отримати реальну незалежність від впливу представників Парламенту та Уряду. У зв’язку з тим, що народні депутати України, Кабінет Міністрів і Президент є суб’єктами законодавчої ініціативи, збільшення залежності суду від політичних впливів

¹ Тексти учасників подані з максимальним збереженням стилістики, проте з деякими редакційними правками.

перешкоджатиме розвитку демократичних процесів в Україні. Винесення питання судустрою за межі Конституції може призвести до прийняття законів, які обмежуватимуть вплив судової гілки влади на суспільно-політичні процеси, що в окремих випадках може унеможливити прийняття суддями законних вироків і рішень. Можна стверджувати, що **винесення принципових питань судустрою на рівень звичайного закону є неприйнятним**.

2. Ідея перенесення розділу Конституції “Про прокуратуру” до розділу “Правосуддя” в цілому є правильною, оскільки прокурор, як і суддя, є служителем Феміди і вся його діяльність має бути спрямована на встановлення об’єктивних обставин справи та винесення судом законного і справедливого рішення. Також можна погодитися з тим, що вимоги до особи, яка обіймає посаду прокурора, мають бути такими самими, як і до судді.

3. Встановлення правової норми щодо того, що представляти інтереси особи в суді має лише адвокат – є прийнятним, оскільки для належного захисту прав і свобод людини захисник повинен мати вищу юридичну освіту і практичний стаж роботи. Лише в такому випадку можна сподіватися, що він зможе ефективно виконувати покладені на нього обов’язки. Крім того, це прискорюватиме розгляд справи. Досвід деяких зарубіжних країн, зокрема Швейцарії, свідчить про правильність такого підходу. Кваліфікований адвокат більш професійно та відповідально здійснює представництво особи в суді, що в цілому мінімізує судову тяганину та сприяє прийняттю судами законних і обґрунтованих рішень. ■

СИСТЕМА СУДОУСТРОЮ ПОВИННА ВИЗНАЧАТИСЯ ВИНЯТКОВО НОРМАМИ КОНСТИТУЦІЇ



Данило КУРДЕЛЬЧУК,
президент Української
іноземної юридичної колегії

1. Насамперед, привертає увагу цілеспрямований намір авторів проекту на збереження (консервацію) чотирирівневої судової системи, яка ускладнює захист прав громадян, унеможливує дотримання розумних строків розгляду справи в судах, що об’єктивно зумовлює порушення права на справедливий суд та розгляд справи упродовж розумного строку (п.1 ст. 6 Євроконвенції²).

Мимоволі згадуються обставини запровадження чотириланкової системи, коли попередній режим, “вгамовуючи” діючого тоді Голову Верховного Суду України³, вдавшись не лише до тиску та арешту члена його родини, але й почав всупереч Конституції і здоровому глузду конкретні кроки щодо ліквідації Верховного Суду – найвищого судового органу судів загальної юрисдикції, скоротивши число суддів Верховного Суду з практичним обмеженням їх повноважень⁴.

Створення Вищих спеціалізованих судів з функціями Верховного Суду неминуче ускладнило захист прав громадян. Один з іноземних колег жартома сказав: “пан Портнов побудував трикутний будинок”, маючи на увазі створення Вищих судів трьох, а не чотирьох юрисдикцій, об’єднавши цивільну і кримінальну юрисдикції.

Підкреслимо, що **в поданому Президентом України проекті чітко відслідковується намір зберегти чотириланкову систему судів, яка не виправдала себе, спричинила проблеми юрисдикції судів**.

При цьому формулювання “відповідно до Закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди” створює реальну можливість політичних маніпуляцій шляхом внесення змін до законів щодо статусу та компетенції цих вищих судів, залежно від політичної кон’юнктури. Це вкрай небезпечний для суспільства інструмент у руках політиків.

Отже, система судустрою повинна визначатися винятково нормами Конституції: **унормування судової влади повинно бути таким, як і законодавчої та виконавчої влад**. Регламентація тріади всіх гілок влади повинна бути логічною і адекватною.

Намагання применшити роль судової гілки влади вбачається і в пропозиції скоротити назву вищої судової інстанції – Верховного Суду України, прибравши слова “України”. Ця претензійна пропозиція могла б бути розглянута, якби автор проекту запропонував одночасно скоротити титул Президента, назви Верховної Ради, Кабінету Міністрів, Нацбанку, вживаючи їх без назви держави.

2. Що стосується місця прокуратури в системі влади, то після скорочення повноважень прокуратури в цілому і Генеральної прокуратури зокрема – логічним буде перенесення положень про прокуратуру, як інститут, до розділу “Правосуддя”, означивши цим її основну функцію як органічну складову справедливого та неупередженого суду.

Тому в розділі “Правосуддя” логічним буде означення прокуратури та адвокатури з посиланням на регламентацію їх діяльності законами України. Саме в законах будуть викладені кваліфікаційні вимоги до кандидата на посаду прокурора. Крім того, в Україні створені нові органи правової сфери – НАБУ, спеціалізована антикорупційна прокуратура, спецбюро розслідування, функції і статус яких мають певний зв’язок з прокуратурою.

² Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод. Підписана 4 листопада 1950р.; підписана Україною – 17 липня 1997р., набула чинності для України – 11 вересня 1997р. (http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004). – Ред.

³ Йдеться про В.Онопенку (який був головою ВСУ з жовтня 2006р. по вересень 2011р.) та його зятя Є.Корнійчука (якого в грудні 2010р. заарештували через звинувачення в корупційних діях. Кілька місяців він провів у Лук’янівському СІЗО). – Ред.

⁴ Йдеться про прийняття Закону “Про судустрій і статус суддів” від 7 липня 2010р., який з деякими змінами є чинним і на цей час. – Ред.

Об'єктивно кажучи, такою ж органічною складовою правосуддя є і адвокатура, участь якої забезпечує змагальність сторін процесу, презумпцію об'єктивності судового розгляду справ.

3. Положення законопроекту про те, що виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, підтримую, маючи на увазі те, що з цього правила передбачені винятки.

Насамкінець зауважимо ще одну принципову рису проекту Закону №3524 – в ньому чітко прослідковується бажання гаранта Конституції – Президента України зберегти за собою якомога більше повноважень – наприклад, т.зв. церемоніальна функція призначень суддів на посаду. На практиці це виглядає час від часу інакше, ніж просто церемоніальна функція. Тут можливе використання т.зв. технічних затримок, уточнення даних, і т.п. під час розгляду конкретних кандидатур.

В іншому плані нелогічним вбачається відтермінування до квітня 2019р. і ускладнення процедури оновлення складу Вищої ради правосуддя (ВРП), основні функції якої принципово переходять від Вищої ради юстиції. Розумним і доцільним було б встановити щонайбільше річний, радше піврічний термін для призначення (обрання) членів ВРП з огляду на значущість повноважень цього органу для забезпечення і гарантування нормальної роботи судової системи України в цілому.

Принципово важливим вважаємо можливість визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених Римським статутом, прямо вказавши про це у ст.124 Конституції України.

Численні обговорення і слухання в державних інституціях та в експертному середовищі свідчать про принциповий консенсус представників громадськості і влади щодо нагальної необхідності визнання юрисдикції МКС в умовах агресії і зрадницьких дій багатьох вищих екс-посадових осіб у державі.

Показовими були результати спільного слухання за участю представників чотирьох комітетів Верховної Ради, Генпрокуратури, Мін'юсту, СБУ влітку минулого року⁵, де було продемонстровано повний консенсус щодо повного визнання юрисдикції МКС.

На жаль, у Парламенті така позиція не знайшла підтримки. ■



⁵ Очевидно йдеться про серію круглих столів на тему ратифікації Римського статуту та приєднання України до Міжнародного кримінального суду (МКС), проведені Комітетом ВРУ у закордонних справах спільно з Комітетом ВРУ з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності, Комітетом ВРУ з питань правової політики та правосуддя, Комітетом ВРУ з питань прав людини, національних меншин і міжнародних відносин за участі представників Генпрокуратури, Мін'юсту, СБУ в січні, червні та грудні 2015р. Див.: Минулого року Комітет у закордонних справах виконував контрольні функції за дотриманням і реалізацією Конституції та законів України, провів низку семінарів, комітетських слухань, "круглих столів" та спільних нарад. – Офіційний сайт Верховної Ради України, <http://rada.gov.ua/news/Novyny/122897.html>. – Ред.

ЗАПРОПОНОВАНІ ЗМІНИ ДО ОСНОВНОГО ЗАКОНУ НЕ ЗАБЕЗПЕЧАТЬ РОЗВ'ЯЗАННЯ ІСНУЮЧИХ У СФЕРІ ПРАВОСУДДЯ ПРОБЛЕМ



Микола МЕЛЬНИК,
суддя
Конституційного Суду України

1. Наслідком запровадження конституційних новел щодо судоустрою в Україні, які передбачені законопроектом про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя), може стати обмеження права на судовий захист (статті 8, 55 Конституції України).

Річ у тім, що фундаментальною ідеєю конституціоналізму, а відтак і ключовим завданням конституції кожної держави, є забезпечення прав і свобод людини і громадянина через ефективне обмеження державної влади, яке утверджується, перш за все, через визначення її системи та засад організації. Розвиваючи принцип здійснення державної влади в Україні на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову, законодавець у Конституції України визначив систему органів кожної з цих гілок державної влади та принципи їх функціонування.

Так, у ст.125 Основного Закону передбачено, що систему судів загальної юрисдикції в Україні становлять місцеві, апеляційні, вищі спеціалізовані суди та Верховний Суд України.

Натомість запропоновані вказаним законопроектом зміни до ст.125 Конституції породжують невизначеність щодо системи органів, які мають здійснювати правосуддя.

По-перше, на відміну від Конституції України з пропонуєваних новел **не зрозуміло, яка судова система існуватиме в Україні – трирівнева чи чотирирівнева** (хоча, теоретично, не виключені й інші варіації), включатиме вона в себе загальні суди чи тільки спеціалізовані. Запропонованою редакцією ст.125 Конституції передбачається багатоваріантність побудови майбутньої судової системи. З одного боку, нею начебто закладається можливість для зміни існуючої системи судоустрою України, а з іншого – допускається її консервація. Зокрема, пропонується змінити формулювання положення ч.3 ст.125 Конституції України, згідно з яким *“вищими судовими органами спеціалізованих судів є відповідні вищі суди”*, на положення *“відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди”*; а також застосовувати словосполучення *“судді спеціалізованих судів”* (ч.4 ст.127),

“суди касаційної інстанції” (підпункт 11 пункту 16¹ Розділу XV “Перехідні положення” законопроекту).

По-друге, в законопроекті нічого не сказано про існування судів першої та апеляційної інстанцій, що гіпотетично не виключає непередбачуваних змін у законодавстві України щодо визначення судоустрою України. Пропонованою редакцією ст.125 Конституції передбачається функціонування лише двох видів судів – Верховного Суду та адміністративних судів, тоді як Конституція України визначає всі елементи судової системи України – Верховний Суд, вищі спеціалізовані суди, апеляційні та місцеві суди. Таким чином, Конституція надає громадянам можливість знати, які саме судові органи будуть забезпечувати реалізацію їх права на судовий захист. Пропоновані Законопроектом зміни такої можливості громадян позбавляють.

По-третє, попри вказівку в законопроекті на те, що Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, із запропонованих новел залишаються незрозумілими статус Верховного Суду та процесуальна взаємодія його з вищими спеціалізованими судами. Ці недоліки стають очевиднішими з урахування Рішення Конституційного Суду України №8 від 11 березня 2010р., відповідно до якого “конституційний статус Верховного Суду України не передбачає наділення його законодавцем повноваженнями суду касаційної інстанції щодо рішень вищих спеціалізованих судів, які реалізують повноваження касаційної інстанції”. Ускладнює розуміння майбутнього статусу Верховного Суду й пропонується законопроектом зміна до положень Розділу XV “Перехідні положення” Конституції, у якій ідеться про “Верховний Суд та суди касаційної інстанції” (підпункт 11 п.16¹), що дає підстави для висновку, що Верховний Суд не буде судом касаційної інстанції. При цьому конкретний статус Верховного Суду (крім загальної декларації про те, що він є найвищим судом у системі судоустрою України) ні цим, ні іншими положеннями законопроекту не визначено. Таким чином проблема забезпечення єдності судової системи, однакового застосування законів усіма судами, ефективного судового захисту фундаментальних прав і свобод людини залишається відкритою.

Слід також зазначити, що зміна назви Верховного Суду України на Верховний Суд створює правові передумови для реорганізації найвищого судового органу зі зміною його складу та повноважень, що може мати наслідком нівелювання конституційного статусу Верховного Суду України, як це вже було у 2010-2013рр.

По-четверте, з пропонуваної редакції ст.125 Конституції незрозумілими є місце адміністративних судів у системі судоустрою України, ступінь автономності підсистеми адміністративних судів, побудови такої підсистеми (зокрема, наявність у її складі Вищого адміністративного суду України), а також можливість перегляду рішень вказаних судів Верховним Судом.

Таким чином, запропонованій законопроектом системі нового судоустрою України бракує чіткості, однозначності, визначеності та завершеності. Її практичне запровадження призведе до: (1) фактичного виключення з тексту Конституції України чіткого визначення судової системи

України, що суперечитиме самій природі Конституції як фундаментального закону держави, покликаною встановлювати основи конституційного ладу, в т.ч. основоположні засади судоустрою; (2) конституційної невизначеності системи судів; (3) створення на конституційному рівні передумов для перетворень у сфері судоустрою, які можуть спричинити додаткові ускладнення у доступі до правосуддя, погіршити забезпечення судового захисту прав і свобод людини і громадянина. Ризик таких перетворень посилюється тим, що до 31 грудня 2017р. суди утворюватимуться, реорганізовуватимуться та ліквідовуватимуться не законом, а Президентом України.

2. Скасування Розділу VII “Прокуратура” і перенесення положень про прокуратуру до Розділу VIII Конституції України “Правосуддя” по суті нічого не змінює, оскільки змістовно прокуратура не “вмонтовується” у правосуддя – вона лише формально переміщається до розділу про нього.

Водночас серйозні застереження викликають пропозиції стосовно нових повноважень прокуратури. Так, пропонується наділити прокуратуру повноваженнями здійснювати організацію та процесуальне керівництво досудовим розслідуванням. Це, по суті, означає, що на відміну від нинішнього конституційного регулювання (ст.121 Конституції) в Основному Законі України за прокуратурою буде фактично закріплено функцію здійснення досудового розслідування.

Інститут “керівництва досудовим розслідуванням” у вітчизняному законодавстві запроваджено КПК України 2012р. До цього прокуратура здійснювала передбачену п.3 ст.121 Конституції функцію “нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство”.

У ч.2 ст.36 КПК України визначено, що прокурор здійснює нагляд за додержанням законів під час проведення досудового розслідування у формі *процесуального керівництва* досудовим розслідуванням. Крім суто наглядових повноважень, прокурор має право здійснювати весь комплекс дій, які власне і складають зміст досудового розслідування, він, зокрема, уповноважений: починати досудове розслідування; особисто проводити слідчі (розшукові) та процесуальні дії; доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам; приймати процесуальні рішення, у т.ч. щодо закриття кримінального провадження та продовження строків досудового розслідування; подавати слідчому судді клопотання про проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій; повідомляти особі про підозру; складати обвинувальний акт; звертатися до суду з обвинувальним актом.

Можливість здійснення прокуратурою досудового розслідування передбачає і функція організації досудового розслідування, яку наразі здійснює керівник органу досудового розслідування, адже згідно зі ст.39 КПК України він крім організаційно-розпорядчих повноважень має право “здійснювати досудове розслідування, користуючись при цьому повноваженнями слідчого”.

Таким чином, здійснення і організація досудового розслідування, і процесуального керівництва досудовим розслідуванням дають прокурору можливість самостійно проводити повноцінне досудове розслідування від його початку до завершення. Те, що функція організації та процесуального керівництва досудовим розслідуванням не зводиться до нагляду за таким розслідуванням, підтверджується також пропонуваним законопроектом закріпленням за прокуратурою повноваження “нагляду за негласними та іншими слідчими і розшуковими діями органів правопорядку” та “вирішення відповідно до закону інших питань під час кримінального провадження” (пропонована законопроектом для доповнення Конституції ст.131¹).

Пропоноване повноваження прокуратури здійснювати досудове розслідування негативно вплине на інституційну спроможність прокуратури, призведе до зосередження у неї двох взаємовиключних функцій – здійснення досудового розслідування та нагляду за ним. Поєднання їх з функцією підтримання публічного обвинувачення в суді **створить конституційні передумови для порушення принципу проведення об’єктивного, повного і всебічного досудового розслідування**, різного роду службових зловживань під час проведення такого розслідування, що може призводити до обмеження чи позбавлення гарантованих Конституцією України права на захист від обвинувачення, права на презумпцію невинуватості, права на судовий захист (ст.ст.55, 59, 62, 63 Конституції України).

3. Правова обґрунтованість пропозиції закріпити в Конституції положення про те, що виключно адвокат здійснюватиме представництво іншої особи в суді, є вельми сумнівною. Якщо це ще є прийнятним стосовно здійснення захисту від кримінального обвинувачення, то стосовно здійснення іншого (будь-якого) представництва особи в суді, це є щонайменше дискусійним з позиції ст.59 Конституції. При цьому потрібно враховувати позицію Конституційного Суду, який у Рішенні №23 від 30 вересня 2009р. у справі про право на правову допомогу наголосив на тому, що “право на правову допомогу – це гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру правовідносин особи з іншими суб’єктами права”.

Загалом запропоновані вказаним законопроектом зміни до Основного Закону України не забезпечать розв’язання існуючих у сфері правосуддя проблем та досягнення задекларованих цілей – утвердження в Україні незалежної судової влади шляхом її деполітизації, забезпечення кожному права на справедливий судовий розгляд справи незалежним і безстороннім судом.

Обраний суб’єктом законодавчої ініціативи спосіб розв’язання загалом правильно позначених проблем не усуне політичного впливу на судову владу та її залежності від політичних інститутів, а навпаки ускладнить цю проблему і зробить її ще більш суспільно небезпечною, оскільки призведе до порушення існуючого балансу (системи стримувань і противаг) політичного впливу на судову владу за рахунок несиметричного перерозподілу відповідних повноважень на користь Президента України.

У разі прийняття Законопроекту як закону політичний вплив на судову владу з диверсифікованого стане концентрованим, що, як показує т.зв. **судова реформа 2010р.**, лише посилить залежність судової влади.

Запровадження запропонованих у законопроекті новел несе потенційну загрозу конституційному ладу України, а саме засадничому конституційному принципу, відповідно до якого “державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову”, призведе до ще більшої політизації судової влади, посилення залежності суддів, ускладнення доступу до правосуддя, а також створить додаткові ризики та загрози конституційно-правовому статусу людини і громадянина в Україні, оскільки передбачає обмеження (у деяких випадках скасування) прав і свобод людини та громадянина (зокрема, права на судовий захист), права на правову допомогу, права на захист від обвинувачення (ст.ст.6, 8, 55, 59, 63, 129 Конституції України).

Слід зазначити, що законопроект підтверджує чітко виражену тенденцію нинішнього етапу конституційної реформи, яку виявили попередні законодавчі ініціативи щодо внесення змін до Основного Закону, що були предметом розгляду Конституційним Судом у 2015р.⁶ Вона полягає, з одного боку, у зниженні рівня незалежності судової та законодавчої влади, зменшенні повноважень парламенту, з іншого – в розширенні повноважень Президента та збільшенні його політичного впливу в системі державної влади. В умовах слабкої демократії, суспільно-політичної нестабільності, відсутності ефективної правової системи та повноцінної дії принципу верховенства права це може створити передумови для ігнорування базового конституційного припису про те, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. ■

СИСТЕМА ОРГАНІВ СУДОВОЇ ВЛАДИ ПОВИННА МАТИ КОНСТИТУЦІЙНЕ ВИЗНАЧЕННЯ



Лідія МОСКВИЧ,
завідувач кафедри організації
судових та правоохоронних
органів Національного
юридичного університету
імені Ярослава Мудрого

1. Проектом змін до Конституції пропонується виключити з тексту чинної Конституції України положення про наявність місцевих та апеляційних судів, залишивши лише норму щодо статусу найвищого суду в системі судоустрою – Верховного Суду. Якщо

⁶ Див. законопроекти “Про внесення змін до Конституції України (щодо недоторканості народних депутатів України та суддів)” реєстр. №1776 від 16 січня 2015р. та “Про внесення змін до Конституції України (щодо децентралізації влади)” реєстр. №2217а від 15 липня 2015р.

звернутися до практики європейських країн щодо конституційного регулювання судової системи, то можна виокремити дві основні тенденції: або згадуються всі суди, які діють (можуть діяти) в державі, або акцентується лише на вищому суді, а щодо інших судів – конституційна норма відсилає до закону. Проте можна визначити спільну закономірність: наявність *системи* судів, зокрема нижчестоящих, декларується майже в усіх конституціях. **Вилучення з Конституції України положень щодо наявності місцевих та апеляційних судів є невинуватим і містить потенційний сумнів у забезпеченості в державі правової визначеності та стабільності функціонування однієї з гілок державної влади, ризик порушення її самостійності та незалежності її носіїв.** Принцип паритетності гілок державної влади вимагає рівного ставлення до їх конституційного визначення. Не дивлячись на розгалуженість судів, кожен з них, а не лише найвищий суд, є носієм судової влади, тому вважаю, що система органів однієї з гілок державної влади – судової – повинна мати конституційне визначення, хоча б на рівні згадування та відсилання до закону. Вважаю за доцільне зберегти формулювання, викладене в ст.125 Конституції України: “Відповідно до закону діють апеляційні та місцеві суди”.

2. Питання визначення місця прокуратури в системі поділу влади було актуальне завжди з моменту прийняття Конституції України. Єдиної моделі статусу прокуратури в світі не існує. Тому Україна має обирати, чи зберігатиме статус прокуратури, який є наразі, чи трансформувати її в орган, що забезпечуватиме умови для здійснення правосуддя. Редакція Законопроекту свідчить саме про наміри системних змін щодо ролі прокуратури. Зокрема, що ми цілком підтримуємо, скасування функції нагляду на стадії досудового слідства, її трансформація у функцію процесуального керівництва є цілком слушним, оскільки ця функція більш відбиває специфіку ролі прокурора на стадії досудового слідства, ніж функція нагляду. Якщо дати загальну оцінку стратегічного бачення трансформації прокуратури, закладеної в Законопроекті, то вважаю її позитивною. Ці зміни давно очікувані та закладались авторами Конституції України, але вже пройшов досить тривалий проміжок часу, і **мають бути прийняті більш радикальні заходи щодо трансформації прокуратури.** Законодавець вже підготував необхідні для цього передумови, зокрема, прийнявши новий КПК 2012р. Запровадження конституційних змін сприятиме посиленню змагальних засад судочинства та арбітральної функції суду. Але статус прокуратури в системі судової влади вимагає більших гарантій її незалежності, в т.ч. політичної. Тому ми не можемо підтримати збереження інституту недовіри Генеральному прокурору України, оскільки він ламає всю концепцію трансформації прокуратури з політичного інституту в інститут забезпечення правосуддя.

Також ми не можемо підтримати положення щодо позбавлення прокуратури функції нагляду за додержанням закону під час виконання судових рішень у кримінальних справах. На наш погляд, це є не логічним, оскільки прокурор є на стадіях досудового та судового кримінального провадження, але немає на стадії виконання вироку. Розумного пояснення такої позиції авторів Законопроекту ми не бачимо.

Із застереженням ставимося до обмеження представницької функції прокуратури. Підтримуючи в цілому ідею перекладення функції захисту прав та інтересів людини на адвокатуру, водночас маємо сумнів стосовно того, чи не залишаться поза межами правової допомоги, в т.ч. державної, жителі районних центрів і сіл. Чи здатна адвокатура забезпечити належну якість правової допомоги, в т.ч. безоплатної, на всій території держави? Чи не створить обмеження представницької функції прокуратури перешкоди в доступності правосуддя? Потенційний ризик у цьому є досить значним.

Стосовно запровадження на конституційному рівні кваліфікаційних вимог до кандидата на посаду прокурора, аналогічно з вимогами до кандидата на посаду судді, то в цьому немає потреби, як і потреби в конституційному визначенні вимог щодо доступу до професії адвоката. Судді є носіями однієї з гілок державної влади, а тому конституційне регулювання кваліфікаційних вимог для цієї посади є цілком виправданим. Щодо прокурорів, то цілком достатньо, щоб кваліфікаційні вимоги до цих посад визначалися законом.

3. Щодо ідеї представництва в суді іншої особи виключно адвокатом, то вона загалом є слушною, оскільки закладає підвищені вимоги до професійного захисту прав та інтересів особи, ефективного судочинства. Але, з практичної точки зору, викликає занепокоєння в частині доступності правової допомоги для всіх верств населення і на всій території. **Для прийняття остаточного рішення слід здійснити аналіз ефективності діяльності центрів з надання вторинної правової допомоги, дослідити думку їх потенційних клієнтів.** ■

НАРОДНІ ДЕПУТАТИ МАЙЖЕ КОЖНОГО СКЛИКАННЯ ВЕРХОВНОЇ РАДИ ВНОСЯТЬ ЗАКОНОДАВЧІ ЗМІНИ У РЕГУЛЮВАННЯ ФУНКЦІОНУВАННЯ СУДОВОЇ ГІЛКИ ВЛАДИ



Володимир СУЩЕНКО,
викладач факультету
правничих наук
Національного університету
“Києво-Могилянська академія”,
виконавчий директор Центру
дослідження проблем
верховенства права

1. Аналіз положень ст.125 законопроекту щодо змін до Конституції України (в частині правосуддя), чинного законодавства щодо судоустрою та регулювання судового процесу (процесуальне законодавство), а також практики функціонування судової системи в Україні засвідчує наступне.

По-перше, зміна політичних еліт і державних управлінців вищого рівня, яка відбувається в результаті як чергових, так і позачергових, парламентських і президентських виборів має своїм наслідком намагання народних депутатів (майже кожного нового



скликання Верховної Ради України) і чергових президентів держави – вносити законодавчі зміни у врегулювання функціонування судової гілки влади.

По-друге, законодавці та правнича спільнота країни (науковці і практики) не мають сталого та чіткого усвідомлення щодо побудови судової гілки влади, хоча, як на мене, більшість все ж таки схилиються до триланкової системи.

По-третє, вивчення будови судової гілки влади в інших державах континентального права – ЄС та англосаксонській правовій сім'ї, а також історії судочинства на теренах України (включаючи Козацьку добу) дає підстави також бути прихильником саме такої системи: суд першої інстанції – апеляційний суд – касаційний (повторної апеляції) суд.

Потребує також конституційного закріплення можливість створення Мирових судів, які мають розглядати побутові цивільно-правового та звичаєвого характеру спори у взаємостосунках громадян поміж собою.

Саме така система є, на мій погляд, найбільш доступною для громадян України.

Судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації і визначається законом. Суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя. Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України. Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди. Створення надзвичайних та особливих судів не допускається.

Вважаю такі підходи прийнятними з точки зору їх можливої зміни в подальшому через закон, а не через зміну Конституції.

Створення вертикальної ланки адміністративних судів також заслуговує на підтримку, зважаючи на те, що розбудова виконавчої гілки влади та органів місцевого самоврядування за відсутності усталених демократичних традицій політичної культури суспільства та державного управління триватиме ще досить тривалий час і захист прав і основоположних свобод людини і громадянина від свавілля державних службовців та інститутів держави потребуватиме прихильної уваги і судового розсуду неупередженого спеціалізованого суду.

Господарські суди мають бути ліквідовані. **Спеціалізація суддів повинна відбуватися всередині самої судової системи.** Мені подобається американський досвід у цьому плані, коли судді першої інстанції упродовж 1-2 років спеціалізуються на розгляді певної категорії спорів (правових відносин), а потім – за графіком (жеребкуванням) поміж собою – змінюють таку спеціалізацію. Пропрацювавши в суді першої інстанції не менше 10 років, судді стають універсальними спеціалістами-правниками і можуть претендувати на посади в судах другої та третьої інстанцій. Більш чітка і стабільна спеціалізація за категоріями справ має функціонувати в апеляційних і касаційних судах через утворення відповідних “судових палат” з правом можливого переходу (переводу) судді з однієї палати до іншої.

2. Вважаю абсолютно прийнятною пропозицію щодо ліквідації в Конституції Розділу VII “Прокуратура” і перенесення відповідних загальних положень щодо діяльності органів прокуратури до Розділу “Правосуддя”.

Повноваження органів прокуратури мають бути обмежені лише процесуальними повноваженнями щодо процесуального керівництва досудовим розслідуванням і державним обвинуваченням у судовому процесі.

Крім того, вважаю за доцільне внести саме до Розділу “Правосуддя” базові положення щодо діяльності Адвокатури – в якості повністю незалежного від держави та самоврядного інституту захисту і представництва інтересів особи (фізичної та юридичної) у правових відносинах усіх суб’єктів та у судових процесах.

Враховуючи досвід більшості країн з розвинутою правовою системою, а також вітчизняний досвід функціонування правової системи та намагання політизувати її діяльність, вважаю за необхідне закріпити на Конституційному рівні вимоги до кандидата на посаду прокурора, що мають бути фактично ідентичними вимогам до кандидата на посаду судді та адвоката.

3. Щодо ідеї представництва іншої особи в суді виключно адвокатом, то вважаю, що за умови, коли і якщо будуть створені Мирові суди, то представництво сторін у цих судах можуть здійснювати будь-які громадяни за вибором сторін. **У професійних судах, де розглядаються найбільш складні правові спори та відносини, представниками сторін повинні виступати лише професійні адвокати** за винятком, можливо, коли обидві сторони судового процесу (крім кримінального!) не заперечують щодо представництва інтересів сторони не адвокатом.

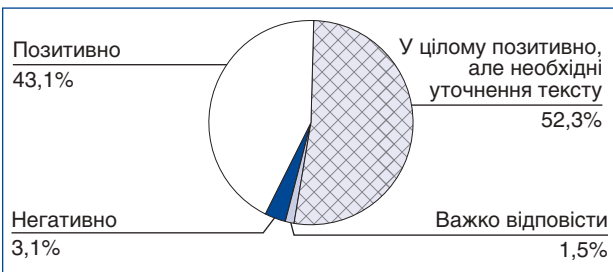
На завершення, вважаю за доцільне та можливе зазначити, що нам **необхідно теоретичну конструкцію існування “конституційних законів” перевести в практичну площину**, закріпивши в Конституції положення про те, що закони про судоустрій та статус суддів, про прокуратуру, адвокатуру, про Кабінет Міністрів, про Президента та його імпичмент, про Регламент Верховної Ради повинні стати Конституційними Законами і ухвалюватися, включно зі змінами до них, кваліфікованою більшістю (2/3) голосів народних депутатів від конституційного складу законодавчого органу держави. Такий порядок дозволить уникнути спокуси депутатів кожного нового скликання “підлаштовувати” базові конституційні положення під свої чи чийсь інтереси і завдання. ■

ДУМКИ ЕКСПЕРТІВ ПРО СУДОВУ РЕФОРМУ

З метою з'ясування ставлення експертного середовища до змін до Конституції в частині правосуддя Центр Разумкова провів експертне опитування¹.

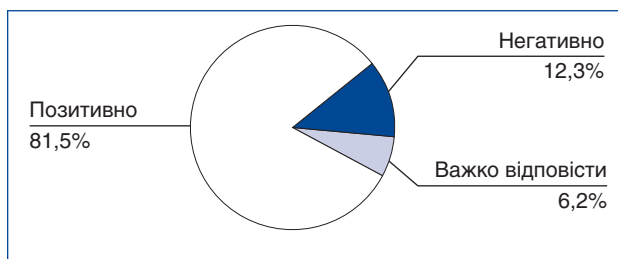
Експертна спільнота в цілому позитивно сприймає пропозицію впровадити конституційну норму, за якою затримання, утримання під вартою, арешт суддів можливі лише за згоди Вищої ради правосуддя, а також норми, за якою суддю не можна притягнути до відповідальності за ухвалене судові рішення (за винятком вчинення злочину чи дисциплінарного проступку). Проте 52% опитаних експертів виступають за уточнення цих положень.

Як Ви ставитеся до пропозиції викласти в Конституції України “суддівську недоторканність” у такій редакції: “Без згоди Вищої ради правосуддя суддю не може бути затримано або утримано під вартою чи арештом до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину. Суддю не може бути притягнуто до відповідальності за ухвалене судові рішення, за винятком вчинення злочину або дисциплінарного проступку”?
% опитаних експертів



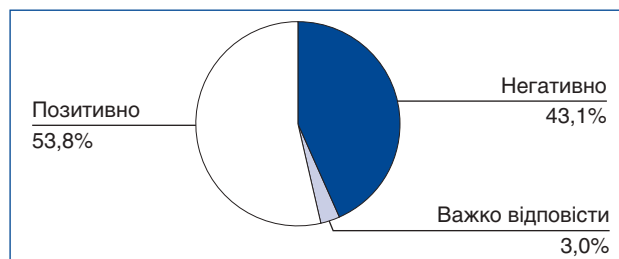
Підтримку переважної більшості (82%) експертів знаходить пропозиція наділити Вищу раду правосуддя повноваженнями надавати згоду на затримання, утримання під вартою, арешт судді до винесення обвинувального вироку судом.

Як Ви оцінюєте пропозицію наділити Вищу раду правосуддя повноваженням надавати згоду на затримання або утримання під вартою чи арештом судді “до винесення обвинувального вироку судом, за винятком затримання судді під час або відразу ж після вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину (ч.3 ст.126)”?
% опитаних експертів



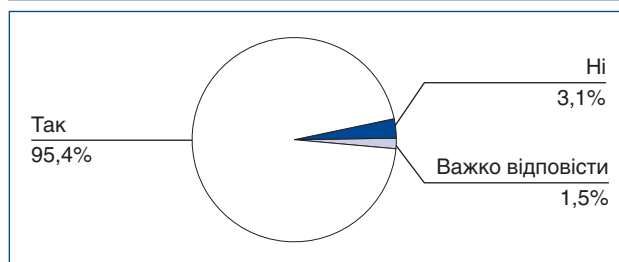
Запровадження “монополії адвокатури” на представництво в судах підтримують більшість (54%) опитаних експертів, проте не підтримують – 43%.

Як Ви ставитеся до такої пропозиції Президента України: “Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення”?
% опитаних експертів



Запровадження під час добору кандидатів у судді вимог, спрямованих на підвищення рівня кваліфікації судді, таких, як збільшення віку кандидатів до 30 років та стажу роботи за фахом до п'яти років, а також запровадження конкурсного відбору підтримали абсолютна більшість (95%) опитаних експертів.

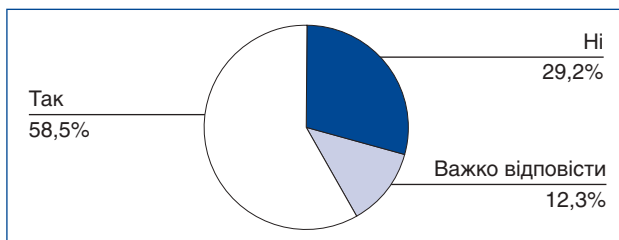
Чи підтримуєте Ви пропонувані зміни до Конституції щодо вимог при формуванні суддівського корпусу, зокрема підвищення віку кандидатів на посаду судді з 25 до 30 років та стажу роботи за фахом від 3 до 5 років, запровадження конкурсного відбору кандидатів тощо?
% опитаних експертів



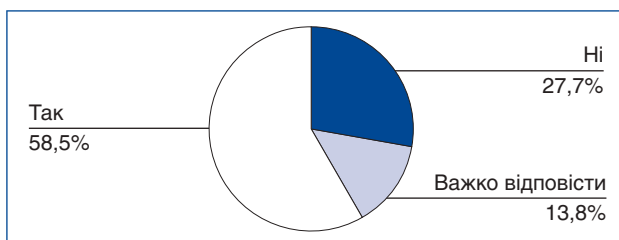
Більшість (59%) експертів погоджуються із запропонованими підставами для звільнення суддів з посади, а також з тим, що перелік підстав для звільнення судді з посади потрібно доповнити антикорупційною складовою.

¹ Експертне опитування проведене 21 квітня - 20 травня 2016р. Опитано 58 експертів – науковці (викладачі юридичних вищих навчальних закладів, працівники науково-дослідних установ), представники неурядових організацій, аналітичних центрів, члени Конституційної комісії, представники судової системи, органів прокуратури, територіальних управлінь юстиції, адвокати, нотаріуси.

Чи згодні Ви із запропонованими в проекті змін до Конституції України підставами для звільнення судді з посади?
% опитаних експертів

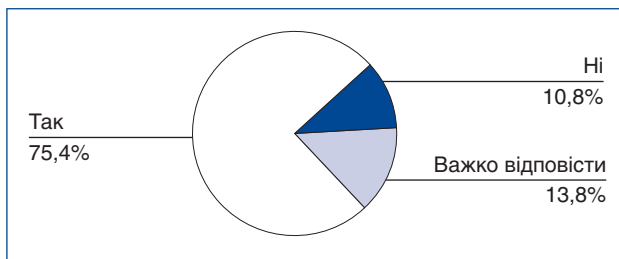


Чи згодні Ви, що перелік підстав для звільнення судді з посади має бути доповнений ще тією підставою, що суддя підлягає звільненню з посади також у разі доведення, що його спосіб життя не відповідає задекларованим доходам?
% опитаних експертів



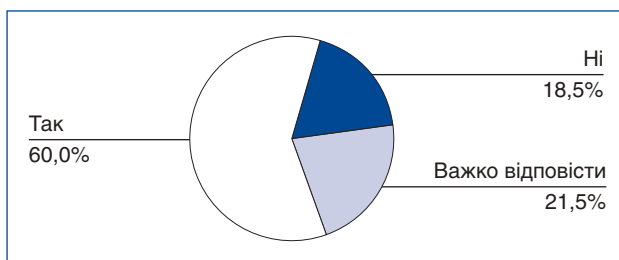
Запропоновані проектом змін до Конституції повноваження Вищої ради правосуддя підтримали переважна більшість (75%) опитаних експертів.

Чи вважаєте Ви доцільними та обґрунтованими повноваження Вищої ради правосуддя, запропоновані законопроектом про внесення змін до Конституції України?
% опитаних експертів



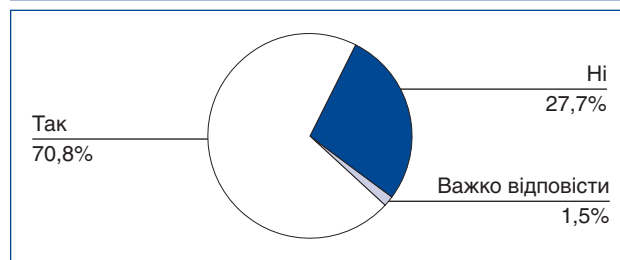
Такі рішення, як зміни в повноваженнях прокуратури та скасування Розділу VII “Прокуратура” схвалюють 60% експертів, не схвалюють – 19%.

Чи погоджуєтесь Ви із запропонованими законопроектом змінами до Конституції України щодо повноважень прокуратури і ліквідації Розділу VII “Прокуратура” чинної редакції Конституції та розміщення цих положень у розділі “Судова влада”?
% опитаних експертів

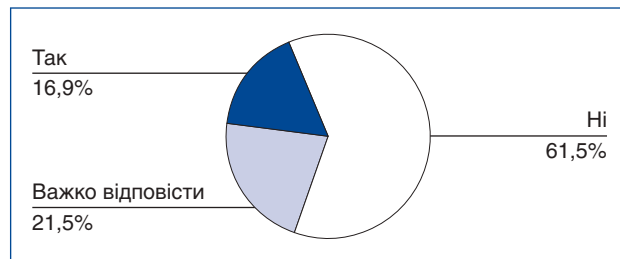


Серед інших запропонованих новел значну експертну підтримку отримало запровадження інституту конституційної скарги. Підтримують цю позицію 71% експертів, не підтримують – 28%. 62% експертів вважають, що цей інститут не стане перешкодою для звернення громадян України до Європейського суду з прав людини, 17% дотримуються протилежної думки.

Чи підтримуєте Ви запропоноване проектом змін до Конституції України запровадження в Україні інституту конституційної скарги, тобто права особи на безпосереднє звернення до Конституційного Суду України, якщо вона вважає, “що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України (стаття 151-1)”?
% опитаних експертів

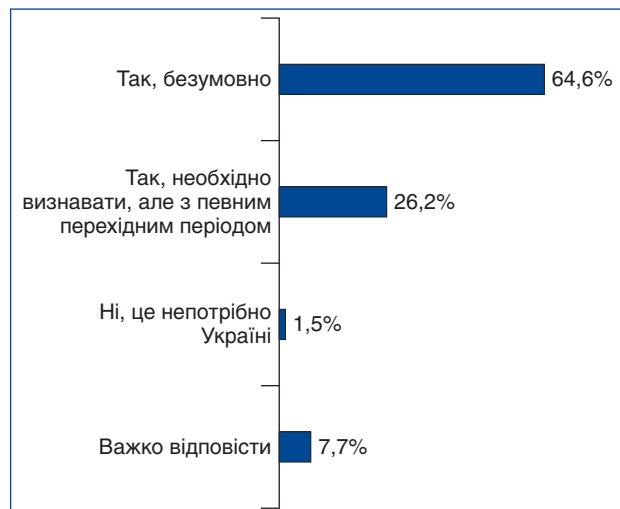


Чи може інститут конституційної скарги стати перешкодою для звернення громадян України до Європейського Суду з прав людини?
% опитаних експертів



Положення про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду підтримують абсолютна більшість 91% експертів.

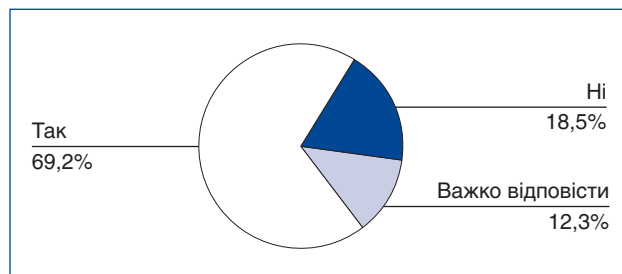
Чи підтримуєте Ви положення проекту змін до Конституції України про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду?
% опитаних експертів



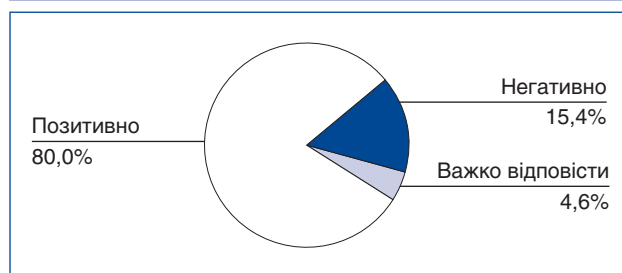
Конституційні новели, які стосуються діяльності Конституційного Суду, отримали різні оцінки експертів. Так, більшість опитаних експертів підтримують наділення КСУ повноваженнями надавати висновок стосовно відповідності Конституції питань, які виносяться на всеукраїнський референдум (69%) та пропозицію запровадження конкурсного відбору кандидатур на посаду судді КСУ (80%).

У той же час, з питання про виключне право КСУ приймати присягу судді КСУ, звільняти його з посади, надавати згоду на притягнення судді КСУ до кримінальної відповідальності є очевидні розбіжності. Дещо більше половину експертів погоджуються з такими нововведеннями, 23% оцінюють їх негативно, а 26% вагаються з відповіддю.

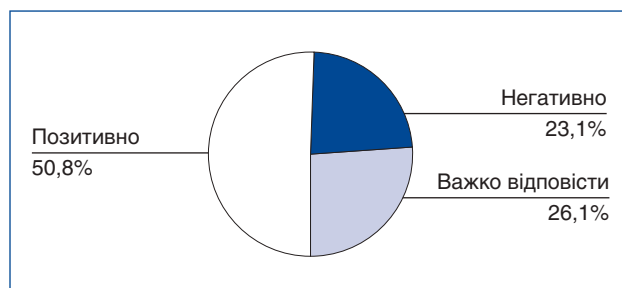
Чи підтримуєте Ви пропозицію наділити Конституційний Суд України повноваженнями надавати висновок про відповідність Конституції України (конституційність) питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою?
% опитаних експертів



Як Ви ставитеся до пропозиції запровадження відбору кандидатур на посаду судді Конституційного Суду України на конкурсних засадах?
% опитаних експертів



Як Ви ставитеся до наділення проектом змін до Конституції України Конституційного Суду України повноваженнями приймати присягу новопризначеного судді КСУ і звільняти суддю з посади, а також надавати згоду двома третинами від складу суду на притягнення судді КСУ до кримінальної відповідальності?
% опитаних експертів



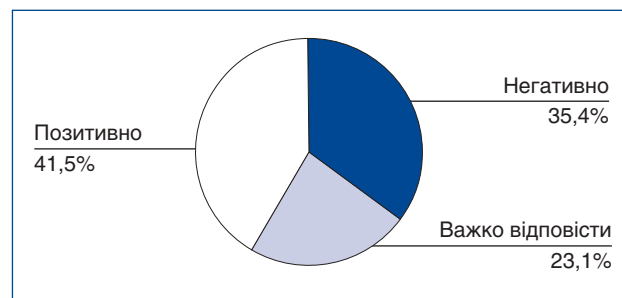
Серед опитаних експертів також немає однозначної підтримки закріплення в перехідних положеннях права Президента України до кінця 2017р. на утворення, реорганізацію, ліквідацію судів, а також права на переведення суддів з одного суду до іншого упродовж двох років. Якщо стосовно надання Президенту права утворювати, реорганізовувати, ліквідовувати суди переважають прихильники цього положення (42%, а не підтримують – 35%), то з питання переведення суддів думки експертів розділилися навпіл: по 43% як підтримали це положення, так і оцінили його негативно.

Як Ви ставитеся до наступного положення проекту змін до Конституції України:

“До затвердження нового адміністративно-територіального устрою відповідно до змін до Конституції України щодо децентралізації влади, але не довше ніж до 31 грудня 2017 року, утворення, реорганізацію та ліквідацію судів здійснює Президент України на підставі та у порядку, що визначені законом (пп.6 п.16-1 Перехідних положень).”

В цей же час вже буде діяти ч.2 ст.125 Конституції, якою буде передбачено, що “суд утворюється, реорганізовується і ліквідовується законом, проект якого вносить до Верховної Ради України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя.”?

% опитаних експертів

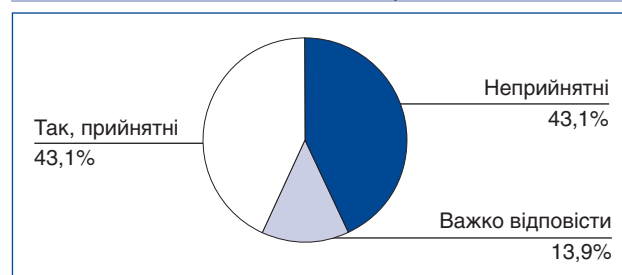


Чи вважаєте Ви прийнятним положення “Перехідних положень” проекту змін до Конституції України, яким передбачено наступне:

“Упродовж двох років переведення судді з одного суду до іншого здійснює Президент України на підставі відповідного подання Вищої ради правосуддя (п.п.7, п.16).”

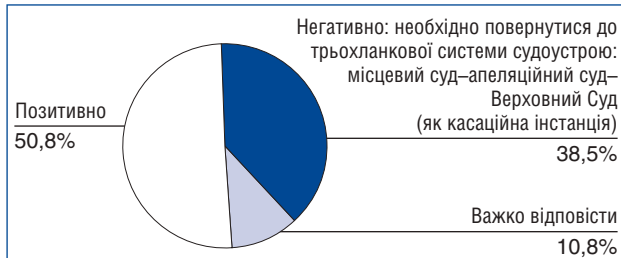
У чинній редакції Конституції України Президент не наділений таким повноваженням. Після внесення змін до Конституції України повноваження переведення судді з одного суду до іншого буде належати Вищій раді правосуддя. (п.8 ч.1 ст.131)?

% опитаних експертів



Ідея збереження системи спеціалізованих судів зустрічає менше несприйняття в експертному середовищі. Її підтримують 51% опитаних експертів, не підтримують (висловлюючись за повернення до триланкової системи) – 39%.

Як Ви ставитеся до ідеї подальшого збереження існування системи спеціалізованих судів? % опитаних експертів



З інших питань реформування системи правосуддя експертні думки є наступними. Більшість експертів підтримали запровадження суду присяжних (68%), поширення юрисдикції судів на будь-які спори щодо прав та обов'язків особи та будь-яке кримінальне обвинувачення (62%). Відносна більшість (46%) експертів підтримують позбавлення прокуратури повноважень організації і керівництва досудовим розслідуванням (37% експертів цієї ідеї не підтримують).

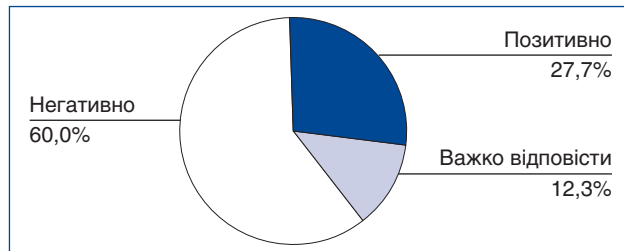
Водночас, переважна більшість (74%) експертів не підтримують обрання суддів громадянами та більшість (60%) – здійснення повної люстрації суддівського корпусу.

До можливості вилучення з переліку основних засад судочинства принципу “законності” 60% експертів ставляться негативно.

Результати експертного опитування стосовно змін до Конституції України в частині правосуддя дають підстави для таких висновків.

Більшість експертів погоджуються з необхідністю таких змін, як запровадження Вищої ради правосуддя замість нинішньої Вищої ради юстиції, наділення її повноваженнями надавати згоду на затримання, утримання під вартою, арешт

Як Ви ставитеся до вилучення з переліку основних засад судочинства принципу “законності”? % опитаних експертів



суддів, зміни критеріїв добору кандидатів на посаду судді разом із запровадженням конкурсного відбору, зміну повноважень системи органів прокуратури, запровадження інституту конституційної скарги, визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду.

Разом з тим, експерти мають сумніви стосовно запровадження “монополії адвокатури” на захист інтересів особи в судах, деяких положень, що стосуються діяльності Конституційного Суду України – зокрема, щодо виключного права КСУ приймати присягу суддів КСУ, надавати згоду на їх притягнення до відповідальності та звільняти з посади.

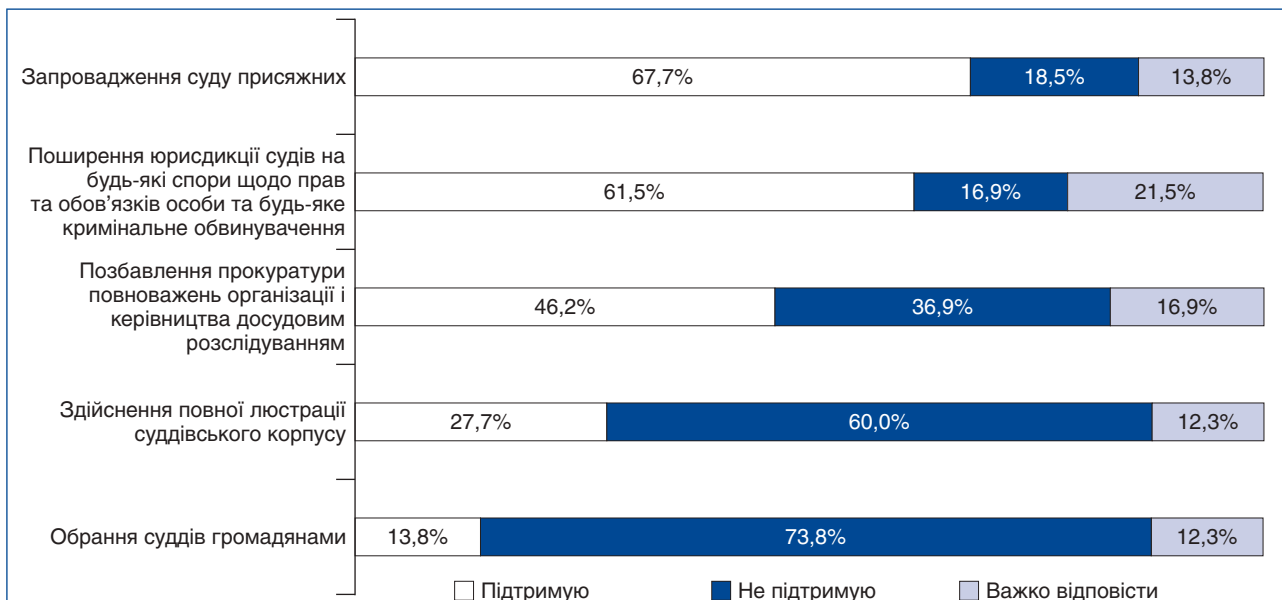
У експертній спільноті немає однозначної підтримки права Президента на утворення, реорганізацію та ліквідацію судів до затвердження нового адміністративного устрою, а також права переведення суддів з одного суду до іншого протягом двох років (що міститься у Перехідних положеннях).

Експерти також не підтримують збереження системи спеціалізованих судів.

Крім того, в експертному середовищі поширена підтримка ідеї запровадження суду присяжних, а також ідеї поширення юрисдикції судів на будь-які спори щодо прав та обов'язків особи та будь-яке кримінальне обвинувачення.

Ідеї повної люстрації суддівського корпусу та обрання суддів громадянами серед експертів не є популярними.

Як Ви ставитеся до кожної з наведених пропозицій? % опитаних експертів



ПРОЕКТ ЗМІН ДО КОНСТИТУЦІЇ СТОСОВНО ПРАВ ЛЮДИНИ: ОЦІНКИ ФАХІВЦІВ

У травні 2016р. у рамках Проекту “Конституційний процес в Україні: удосконалення засад правосуддя, прав, свобод і обов’язків людини і громадянина” Центр Разумкова провів два заочні круглі столи у вигляді інтерв’ю стосовно змін до Конституції: один – стосовно правосуддя¹, інший – стосовно прав людини.

З метою з’ясувати ставлення до пропонованих робочою групою Конституційної Комісії змін до Конституції України Центр Разумкова звернувся з кількома питаннями до науковців і фахівців у сфері прав людини.

Інтерв’ю складалися з трьох питань:

1. Як Ви ставитеся до пропозиції закріпити в Конституції право людини на зброю?
2. У Конституції України вказано дев’ять ознак, за якими забороняється дискримінація; решта ознак внесені до положення “або іншими ознаками”. У проекті змін до Конституції цей перелік збільшено до 18 – решта внесені в таке ж положення “або за іншою ознакою”. Чи варто до переліку 18 ознак додати ще одну: “належність до сексуальних меншин”?
3. У чинній Конституції України в 48 статтях Розділу II закріплено перелік прав і обов’язків людини. У проекті змін до Розділу II пропонується ще більше розширити кількість прав людини натомість скоротити кількість обов’язків до чотирьох (захист Вітчизни, не заподіювати шкоду, сплачувати податки, неухильно дотримуватись Конституції і законів). Чи підтримуєте Ви запропоновані зміни до Конституції?

Далі наводяться тексти відповідей учасників Заочного круглого столу в алфавітному порядку².

ПРАВО ЛЮДИНИ НА ЗБРОЮ, ЗАБОРОНИ ДИСКРИМІНАЦІЇ, РОЗШИРЕННЯ ПЕРЕЛІКУ КІЛЬКОСТІ ПРАВ ЛЮДИНИ



Георгій ДИНИС,
завідувач кафедри
міжнародного права
Ужгородського національного
університету

Концептуальною основою конституційних нормативних положень щодо права людини на зброю, заборони дискримінації належності до сексуальних меншин, переліку прав і обов’язків людини до змін Конституції України (Розділ II) є природні та невід’ємні права людини – право на життя, право на свободу, право на власність.

Стосовно проектних пропозицій до Конституції України в частині удосконалення засад прав, свобод та обов’язків людини і громадянина, позиції є наступними.

1. Громадяни України мають право на зброю. Право на придбання зброї, набуття права власності на зброю та боеприпаси на території України, набуття права володіння зброєю та її застосування, види зброї, основи обігу зброї та боеприпасів до неї, зберігання зброї, реєстрація зброї, вирішення спорів та відповідальність за порушення законодавства про зброю регулюються законом.

2. “Належність до сексуальних меншин” може бути включено до положення “або іншими ознаками”.

3. Впровадження універсальної конституційної формули про права та зобов’язання людини і громадянина.

Альтернатива: Прийняття спеціального Закону, який міститиме розширений перелік прав і обмежений перелік обов’язків людини, громадянина, що гарантуватиме забезпечення природних та невід’ємних прав людини та виконання міжнародно-правових зобов’язань, які містяться в укладених і ратифікованих міжнародних договорах, конвенціях, угодах, пактах, статутах згідно з Конституцією України. ■

¹ Докладно див. матеріал “Зміни до Конституції стосовно правосуддя: оцінки фахівців”, вміщений в цьому журналі.

² Тексти учасників подані з максимальним збереженням стилістики, проте зі скороченнями та деякими редакційними правками.

**ПИТАННЯ НЕ В КОНСТИТУЦІЙНОМУ
ЗАКРІПЛЕННІ ПЕВНОГО ПРАВА,
А В ЙОГО РЕАЛІЗАЦІЇ**

Наталія ГУТОРОВА,
директор Полтавського
юридичного інституту,
академік НАПрН України,
член Європейської
кримінологічної асоціації та
Всеукраїнської громадської
організації "Асоціація
кримінального права"

1. Підтримуючи в цілому законодавчий дозвіл на зберігання, а, в окремих випадках, і носіння зброї, проте вважаю недоцільним закріплення такого права в Конституції. Враховуючи, що таке право не належить до основоположних, природних прав людини, а в Україні немає досвіду використання цього права, то вносити його до Розділу II Конституції з фактичною неможливістю подальшого обмеження вважаю недоцільним.

2. Питання не в конституційному або іншому законодавчому закріпленні певного права, а в його реалізації. Зважаючи на це, я не вважаю за потрібне розширювати цей перелік, у т.ч. і шляхом внесення ознаки "належність до сексуальних меншин". Останній термін не має чіткого законодавчого визначення, може тлумачитися по-різному, що створює небезпеку для зловживання правом.

3. Враховуючи практичну неможливість подальшої зміни Розділу II Конституції в напрямку обмеження передбачених у ньому прав і свобод, вважаю недоцільним внесення таких змін і доповнень. ■

**У УКРАЇНСЬКОГО СУСПІЛЬСТВА НЕМАЄ
УСВІДОМЛЕННЯ ТОГО, ЩО ЗАХИСТ
ВЛАСНИХ ПРАВ, ВЛАСНОЇ КОНСТИТУЦІЇ –
ЦЕ ОБОВ'ЯЗОК ГРОМАДЯН**

Олександр ЗАДОРЖНИЙ,
голова Президентської
Ради Української Асоціації
міжнародного права,
завідувач кафедри
міжнародного права
Інституту міжнародних відносин
КНУ ім.Тараса Шевченка

1. Право на опір, на захист власних прав – є природним і не може бути обмеженим. Навіть преамбула Загальної декларації прав людини згадує про можливість "вдаватися як до останнього засобу до

повстання проти тиранії і гноблення"³. Саме тому право на зброю є одночасно гарантією того, що в державі не буде сваволі владних органів. Наприклад, є великі сумніви, що режим В.Януковича вдався б до силового сценарію під час Революції Гідності, якби усвідомлював, що народ не є беззахисним.

Усім відома Друга поправка до Конституції США (*Second Amendment to the United States Constitution*), яка набула чинності 15 грудня 1791р., передбачає, що право народу мати і носити зброю не повинне обмежуватися. Це положення одночасно є гарантією демократичного конституційного ладу США. На жаль, у українського суспільства немає усвідомлення того, що захист власних прав, власної Конституції – це обов'язок громадян. І відсутністю цього розуміння часто користується українська влада.

Крім того, наразі в Україні існує очевидна проблема наявності великої кількості незареєстрованої зброї у населення. Сумнівно, що в умовах російської агресії громадяни відмовляться від зброї. **Єдиний вихід – гарантування права людини на зброю з одночасним підвищенням відповідальності за протиправне використання зброї та незареєстровану зброю.**

Щодо цього питання є проста аналогія: чи наважилась би Росія на окупацію української території, якби Україна не відмовилася від ядерної зброї, чи якби українська армія була однією з найсильніших у світі? Так само, якщо потенційний правопорушник (або влада) знатиме, що будь-які протиправні посягання отримають гідну відсіч, існує менше шансів, що такі посягання матимуть місце.

2. Неможливість будь-якої дискримінації є ознакою демократичної і правової держави. В той же час, **Конституція не має перетворюватися на підручник чи суто теоретичний текст.** Конституційні положення мають відповідати вимогам до тексту Основного Закону держави.

Головною метою конституційної заборони дискримінації є недопущення явища в реальному житті. Говорячи про перелік відповідних ознак, слід звернутися до міжнародних документів. Наприклад, ст.7 Загальної декларації прав людини передбачає: "Усі люди є рівними перед законом і мають право, без будь-якого розрізнення, на рівний їх захист законом. Усі люди мають право на рівний захист від будь-якої дискримінації, що порушує цю Декларацію, і від будь-якого підбурювання до такої дискримінації". Тобто це положення не містить жодного переліку ознак. Ст.14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод⁴ встановлює заборону дискримінації, передбачаючи: "Користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою". Як видно, перелік ознак цієї статті є відносно невеликим, "належність до сексуальних меншин" у статті

³ Абзац 3 "...необхідно, щоб права людини охоронялися силою закону з метою забезпечення того, щоб людина не була змушена вдаватися як до останнього засобу до повстання проти тиранії і гноблення" Преамбули Загальної декларації прав людини, прийнятої ГА ООН 10 грудня 1948р. – Ред.

⁴ Конвенція Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод, підписана 4 листопада 1950р., ратифікована Україною 17 липня 1997р., набула чинності для України – 11 вересня 1997р. – Ред.

не згадується. Головне питання: чи здатні згадані положення ефективно захистити сексуальні меншини від дискримінації? Відповідь, безперечно, є позитивною.

Таким чином, **намагання згадати в конституційній статті всі ознаки, за якими можлива дискримінація**, не лише безпідставне, але й **нереалістичне**. Більше того, Конституція могла б звертати увагу на певну ознаку, якби з нею в Україні було б найбільше проблем. Проте такого питання (історично та на сучасному етапі) в Україні не існує.

Саме тому для Конституції було б достатнім таке положення: **“Будь-яка дискримінація заборонена”**. У даному випадку, будь-який перелік скоріше обмежує права і не може бути вичерпним.

3. Чинні міжнародні правозахисні документи мають відносно невеликі переліки прав і свобод. При цьому, на практиці вони охоплюють майже всі правовідносини.

Україна останнім часом обирає неправильне розуміння конституційних гарантій прав і свобод. Адже широкий перелік не завжди надає ефективний захист прав і свобод. **Конституція не може передбачити все – не може і не повинна**. В той же час, інколи широкий перелік прав навпаки закладає певні обмеження.

Слід відзначити, що права і свободи людини за своєю природою є часто взаємопов'язаними. Тому порушення одного права одночасно призводить до порушення низки інших. Тобто невеликий, проте розумно сформульований розділ Конституції про права і обов'язки людини здатен ефективно врегулювати цю сферу. Крім того, такий розділ не буде декларативним (а необхідність конституції прямої дії не викликає сумнівів). І всі громадяни зможуть знати та усвідомлювати всі свої конституційні права.

Тобто **нагальним питанням є не розширення переліку прав і свобод, а створення системи конституційних гарантій їх забезпечення, реалізації і відповідальності за їх порушення**.

Перелік обов'язків також може бути максимально коротким. Фактично, зобов'язання неухильно дотримуватись Конституції і законів може охоплювати всі суспільні відносини. Водночас, в умовах агресії РФ принциповим є обов'язок захищати Вітчизну. І, як уже було згадано, необхідним є обов'язок (а не право) захищати власні права та конституційний демократичний лад. ■



Круглий стіл, 22 червня 2016р.

НЕ ВАРТО ДЕРЖАВІ ПЕРЕКЛАДАТИ ЗАХИСТ ЛЮДЕЙ ВІД ЗЛОЧИНУ НА НИХ САМИХ



Наталя КРЕСТОВСЬКА,
професор кафедри теорії
держави і права
Одеської національної
юридичної академії

1. Не підтримую пропозицію закріпити в Конституції право людини на зброю.

По-перше, таким чином держава перекладає захист людини від злочину на саму людину.

По-друге, легкість доступу до зброї призведе до зростання кількості убивств і тяжких тілесних ушкоджень. За статистикою, більшість обох видів злочинів носять т.зв. побутовий характер (насильство в сім'ї, п'яні “розборки” тощо). І там, де сьогодні з'ясовують стосунки за допомогою стусанів, зможуть з'ясовувати за допомогою вогнепальної зброї. Пательня все-таки залишає жертві більше шансів вижити, ніж “Макаров”.

По-третє, число осіб, як-то кажуть лікарі, “надто здорових для хворих і одночасно надто хворих для здорових”, мною оцінюється як досить велике (статистики, звісно, немає, тому покладаюся на власний досвід⁵), і наслідки застосування ними зброї можуть бути дуже сумними.

По-четверте. Переважна більшість злочинів – це крадіжки, в т.ч. квартирні. Володіння зброєю проти них безсиле, адже крадіжка – таємне викрадання майна, коли його власник не знає про дії злочинця. І як він може їм запобігти за допомогою зброї? Квартирні крадіжки у 99% випадків вчиняються за відсутності господарів. Проти кишенькового злодія зброю не застосують.

По-п'яте. Правильне застосування зброї вимагає не тільки знання відповідного законодавства, але й володіння відповідною технікою, й психологічної готовності поцілити в живу людину. Треба хоча б щомісяця (а краще щотижня) тренуватися. Треба бути готовим до такої атаки психологічно. Інакше злочинець зі зброєю випередить того, хто обороняється.

2. Вважаю за потрібне включити таку ознаку дискримінації.

Аргументація докладно викладена у статті О.Уварової “Гендерна ідентичність і сексуальна орієнтація як підстави дискримінації: обговорення

⁵ Принаймні в моєму, дуже невеликому кварталі в абсолютно благополучному районі міста (12 квартир, у яких проживають до 20 осіб) така особа є. І є випадок практично безмотивного застосування цією особою травматичної зброї. Такі особи стовідсотково не матимуть обмежень у володінні зброєю, адже без сумніву вони є дієздатними.

проекту Конституції України”, положення якої я переважно підтримую⁶.

Утім є ряд міркувань щодо термінології. *По-перше*, термін “належність до меншини” (будь-якої) мені видається уже певною мірою дискримінаційним.

По-друге, термін “орієнтація”⁷, як мені здається, “вибивається” з низки термінології проекту ст.43, в якій йдеться про ідентифікацію індивіда з тією чи іншою соціальною групою/спільнотою (раса, походження тощо).

Пропоную на заміну терміни “сексуальна та/або гендерна ідентичність”. Адже ідентичність є результатом ототожнення індивіда з тими групами й спільнотами, які він сприймає як “свої”, стосовно яких він найбільшою мірою здатен відчувати і сказати “ми”. Тобто цей термін має соціальне навантаження, на відміну від терміну “орієнтація”.

3. Не підтримую пропозицію щодо скорочення переліку обов’язків.

Як вбачається з тексту статей 64-68, виключено лише обов’язок отримати повну загальну середню освіту.

В інформаційному суспільстві, до якого ми крокуємо, хоча не завжди завдяки політиці держави, неграмотна людина не має шансів не лише на успіх, але й на виживання. Невипадково найзнаменитіше рішення Верховного Суду США у справі “Браун проти комісії освіти міста Топеки”⁸ визначає доступ до світи як найголовніше право людини. Але суспільна реальність є такою, що до цього права багато осіб треба певною мірою підштовхувати. Таким поштовхом і є **надання отриманню освіти характеру конституційного обов’язку**. В нових конституціях зарубіжних країн цей обов’язок, як

правило, наявний, хоча відповідальності за його невиконання, як правило, немає.

Скасування цього обов’язку призведе до ще більшого зниження цінності освіти. До того ж треба буде скасувати адміністративну відповідальність батьків за нестворення умов для освіти дітей. Інша річ, що потребує суттєвого перегляду система освіти та освітнє законодавство, але їх недосконалість – не є підставою для скасування цього обов’язку. ■

ЧИМ КОНКРЕТНІШЕ БУДУТЬ ВИКЛАДЕНІ В КОНСТИТУЦІЇ КРИТЕРІЇ НЕДИСКРИМІНАЦІЇ, ТИМ БІЛЬШ ДІЄВОЮ, ВПЛИВОВОЮ БУДЕ РЕДАКЦІЯ “АНТИДИСКРИМІНАЦІЙНОЇ” СТАТТІ КОНСТИТУЦІЇ⁹



Петро РАБІНОВИЧ,
професор
Львівського національного
університету ім.І.Франка,
завідувач Львівської
лабораторії прав людини і
громадянина НАПрН України

1. До пропозиції закріпити в Конституції право людини на зброю ставлюся негативно – насамперед тому, що (1) недостатній рівень свідомості і культури більшості громадян України не дає підстав сподіватися на те, що зброєю, яка перебуватиме в їх володінні, вони не зловживатимуть (зокрема, будучи у стані алкогольного чи наркотичного сп’яніння, або у стані афекту); (2) значно збільшилася кількість, так би мовити, потенційних та “актуальних” злочинців (про що свідчить істотне зростання рівня злочинності в Україні) і (3) в умовах проведення на сході України анти-терористичної операції надто багато зброї опинилося у вільному обігу.

2. З пропозицією робочої групи погоджуюсь. Більше того, видається доцільним додати ще й таку підставу (критерій), як “місце народження”. Адже останнє нерідко не збігається з “місцем проживання”. Загалом же, чим конкретніше будуть викладені в Конституції підстави (критерії) не дискримінації, тим більш дієвою, впливовою буде редакція “антидискримінаційної” статті Конституції – як в ідеологічно-виховному, так і у регулятивному аспектах. Якщо у



⁶ Уварова О. Гендерна ідентичність і сексуальна орієнтація як підстави дискримінації: обговорення проекту Конституції України. – Інтернет-портал “Спільне”, 29 грудня 2015р., <http://commons.com.ua/genderna-identichnist-i-seksualna-orientatsiya-yak-pidstavi-diskriminatsiyi-obgovorenniya-proektu-konstitutsiyi-ukrayini>.

⁷ Пропонований для обговорення та використаний О.Уваровою.

⁸ Йдеться про судову справу “Олівер Браун та інші проти Ради освіти Топіки” (*Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka et al.*) 347 U.S. 483 (1954). Верховний Суд США в 1954р. за результатами процесу виніс рішення, яким визнано, що окреме навчання чорношкірих і білих учнів суперечить Конституції. – *Ред.*

⁹ Автор наголошує, що наведені тут відповіді є не лише його думкою, але й позицією Львівської лабораторії прав людини і громадянина, яку він очолює майже 20 років. Крім того, П.Рабінович зауважує, що ця Лабораторія упродовж кількох років напрацьовувала пропозиції стосовно оптимізації “праволюдних” статей Конституції України. Ці пропозиції неодноразово друкувались в юридичних журналах, а також в окремих випусках “Праць” Лабораторії; вони також використовувались очолюваною професором В.Буткевичем відповідною робочою групою Конституційної асамблеї (членом якої у 2012-2014рр. також був П.Рабінович). У найбільш довершеному вигляді наші пропозиції було втілено у проекті Закону України “Про внесення до Конституції України (щодо прав, свобод і обов’язків)”, який (разом із Пояснювальною запискою та Порівняльною таблицею до нього) було опубліковано у журналі “Право України” №10 за 2015р., а також надіслано до відповідного Комітету Верховної Ради України.

пропонованому (розширеному) переліку назв підстав заборонюваної дискримінації їх названо більше, ніж у всесвітніх чи європейських міжнародних “праволюдних” актах, то це лише на користь кожній людині, її рівноправ'ю з іншими людьми.

3. Із пропозицією вилучити з переліку юридичних обов'язків людини (причому лише з обов'язків саме конституційних) шанування державних символів не погоджуюсь, оскільки це не сприятиме забезпеченню їх високого престижу у населення. Що ж стосується вилучення конституційної заборони посягати на права і свободи інших людей, то її все ж не варто вилучати, хоча б тому, що вони не вичерпуються лише тими, які закріплені в чинній Конституції України (про що прямо зазначено в ній самій). Згадку ж про “честь і гідність” можна, справді, вилучити, оскільки вони охоплюються більш широким поняттям прав і свобод людини. ■

НАРОД ПОВИНЕН МАТИ МОЖЛИВІСТЬ ЗІ ЗБРОЄЮ В РУКАХ БОРОНИТИ НЕЗАЛЕЖНІСТЬ ТА ДЕРЖАВНИЙ СУВЕРЕНІТЕТ УКРАЇНИ



Павло ФРІС,
завідувач кафедри
кримінального права
Юридичного інституту
Прикарпатського національного
університету ім.В.Стефаника

1. Питання права громадян на зброю, перебуваючи серед найактуальніших, що обговорюються в українському суспільстві, не отримало на сьогодні більшості як серед прихильників, так і противників. Хоча слід зазначити, що число прихильників законодавчого його закріплення постійно зростає. Конституційна комісія, виконуючи завдання Президента України, який передав їй аналіз проблеми, реагуючи на відому петицію, висловила проти закріплення цього права в тексті майбутньої Конституції, хоча і підтримала ідею про необхідність його врегулювання у спеціальному нормативному документі.

Вбачається, що такий підхід не може бути визнаний оптимальним. Підставами для такого твердження є наступне.

• *Вільний народ має право захищати себе від диктатури і злочинної влади.* Цей довід є скоріше політико-ідеологічним, ніж правовим. Однак для України, яка пережила і переживає найбуремніші роки своєї новітньої історії, це питання є надзвичайно актуальним. Революція Гідності, яка за своєю суттю була повстанням народу проти диктатури, проти влади злочинців, протиставила неозброєний, мирний український народ озброєній до зубів машині диктаторського режиму В.Януковича, якого підштовхували до кровопролиття його московські ляльководи. Як наслідок – загибель та травми сотень



кращих синів і дочок українського народу! Такий розвиток подій міг відбутись винятково в ситуації, коли злочинна влада була абсолютно переконана, що не отримає адекватної збройної відповіді з боку народу. Народ йшов на кулі з палицями та дерев'яними щитами. Очевидним є те, що у випадку наявності права громадян на вогнепальну зброю, розвиток подій отримав би іншого вектора. Влада добре поміркувала б – застосовувати зброю проти мирних демонстрантів чи ні.

Говорячи про цей довід, автори пропонованих змін частіше посилаються на Другу поправку до Конституції США, яка наголошує: “Через те, що для безпеки вільної держави потрібна добре організована міліція, право народу мати і носити зброю не повинно обмежуватись”. Фактично ця норма закріпила право на захист демократії, законності навіть шляхом збройної боротьби зі спробами узурпувати владу в країні, спробами посягати на права і свободи громадян.

• *В умовах агресії Росії проти України ми маємо бути готовими для здійснення збройного опору агресору.* Російська агресія проти України, особливо на першому етапі, коли української армії, знищеної урядом національної зради В.Януковича, фактично не існувало, в умовах неозброєності народу створила ситуацію, яка мало не закінчилась національною катастрофою – знищенням України, як незалежної держави, її розколом. Нелюдськими зусиллями рівень цієї загрози на сьогодні суттєво зменшений, але не ліквідований у цілому. Як і Швейцарія, ми повинні бути будь-якої хвилини готові на опір агресору. Можна провести паралель між відмовою Україною від ядерного потенціалу та агресією Росії проти України, та питанням про озброєність народу для відсічі агресії. Народ повинен мати можливість зі зброєю в руках боронити незалежність та державний суверенітет України. Не слід забувати уроки історії, маючи поруч такого сусіда, яким є сьогоднішня Росія. **Прийняття закону, який врегулює вільний обіг зброї та її скрите носіння в Україні, стане першим кроком до створення національної армії оборони на кшталт швейцарської.**

• *Людина має право на необхідну оборону, право сама, власними силами захищати себе, своїх близьких, просто громадян, майно та т.ін. від злочинних посягань. Це природне право людини.* Чинна Конституція України в ч.2 ст.27 закріплено право “захищати своє життя і здоров'я, життя і здоров'я

інших людей від протиправних посягань”. Право на необхідну оборону із застосуванням, у межах дотримання умов правомірності, вогнепальної зброї, передбачено і ст.36 Кримінального кодексу України. Однак багаторічна практика застосування цього інституту ще з часів Радянського Союзу демонструє небажання органів кримінальної юстиції реально його застосовувати. **Перейти до цивілізованої реалізації права на необхідну оборону від злочинного посягання можна лише шляхом прийняття закону, який дозволяє володіти та скрито носити короткоствольну вогнепальну зброю.** Чисельні дослідження як вітчизняних, так і зарубіжних науковців, чітко підтверджують наявність взаємозв’язку між рішенням злочинця вчинити напад та очікуванням ним можливості опору з боку жертви. Чим вище можливість опору – тим менше реальність нападу!

• *Існуючий стан правової охорони не забезпечує відповідного рівня безпеки громадян.* Як наочного видно, реорганізація органів міліції і створення національної поліції не тільки не вплинули позитивно на показники злочинності, а навпаки – відповідним чином визначили зростання її показників. Фактично на сьогодні рядовий громадянин перебуває на одинці зі злочинцем, який вчиняє злочинне посягання. Чисельні матеріали, що поширюються ЗМІ, є реальним цьому підтвердженням.

• *На сьогодні існує реальне скрите озброєння населення.* Неврегульованість питання за наявності значної кількості зброї, що особливо масово стала поступати із зони АТО протягом останніх років, переводить значну масу населення в категорію правопорушників. Створюється парадоксальна ситуація, коли громадянин, бажаючи забезпечувати свої права, вимушений здійснювати це за допомогою протиправних дій. За експертними оцінками, на сьогодні кількість незаконної зброї на руках у населення сягає фантастичної цифри – 3 млн. стволів¹⁰. Але і тут ми стикаємось із парадоксальною ситуацією – ця незаконна зброя дуже рідко використовується як знаряддя злочину, а якщо і використовується, то не простими громадянами, а тими, хто “твердо” встав на шлях вчинення злочинів. До речі, на руках у населення України перебуває *легально* близько 2,5 млн. стволів¹¹. В якості знаряддя злочину з цієї величезної маси протягом року використовується не більше 0,1-0,3%! І ще одна обставина. Рано чи пізно, але Донбас буде повернутий в правове поле України. Як тоді бути з мільйонами одиниць зброї, яка сьогодні на законних (якщо вважати нормативні акти “ЛНР”-“ДНР” законними), перебуває на руках у жителів цих т.зв. республік? Говорити про добровільну його здачу неможливо.

Як висновок. Законодавче закріплення права громадян на зброю в тексті майбутніх змін до Конституції України відповідатиме основним цілям демократичного розвитку країни, забезпеченню

її незалежності та суверенітету, територіальної цілісності, сприятиме посиленню охорони прав та свобод громадян.

2. Одне з правил юридичної техніки, яке повинно завжди враховуватися під час створення будь-якого нормативного акта – його чіткість і неможливість подвійного тлумачення. При цьому мудрий законодавець завжди робить спробу сформулювати закон таким чином, щоб його зовсім непотрібно було тлумачити. Виходячи з цього викликає неприйняття застосоване чинною редакцією і пропонуване майбутньою редакцією визначення “або іншими ознаками”. Ця неконкретність викликає, а у подальшому, за збільшення переліку підстав дискримінації, викликати ще більше проблем. Тому **вбачається доцільним перелік підстав дискримінації визначити конкретно.**

Щодо можливого віднесення до підстав дискримінації належності до сексуальних меншин. Дійсно, питання є досить складним, оскільки перебуває в центрі взаємодій проблем політики, віри, права, моралі та т.ін. Багато в чому негативне ставлення до сексуальних меншин обумовлено поведінкою самих представників цієї спільноти, яка часто є агресивною, зайве активною, нав’язливою і т.ін. Тим не менш, висловлюючи власну позицію, вважаю за доцільне передбачити цю підставу серед інших, що визначають дискримінацію. Ця позиція базується, насамперед, на повному несприйнятті правових позицій з цього питання, які застосовувались у тоталітарних країнах – гітлерівській Німеччині та СРСР. При цьому, як у Німеччині представники сексуальних меншин підлягали знищенню, так і в СРСР належність до них визнавалася злочином і тягнула за собою кримінальну відповідальність. Відрікаючись від минулого, будуючи демократичну правову державу ми не вправі переносити до національного законодавства жодних правових позицій тоталітарних країн.

3. Баланс між конституційними правами та обов’язками людини в демократичній державі повинен завжди реалізовуватися за явного домінування прав над обов’язками (в тоталітарній державі – навпаки). Вбачається, що пропонуваний перелік обов’язків повною мірою охоплює все коло проблем і може бути закріплений у тексті майбутньої Конституції України. ■



¹⁰ Див. зокрема: В Україні на руках 3,5 млн. одиниць нелегального озброєння – Асоціація власників вогнепального озброєння. – Кореспондент.net, 23 лютого 2014г., <http://korrespondent.net/ukraine/events/3296363-v-ukrayne-na-rukakh-35-mln-edynyts-nelegalnoho-oruzhnya-assotsyatsiya-vladeteljev-ohnestrelnoho-oruzhnya>; На руках у українців до 20 млн. одиниць нелегального озброєння – експерт. – РІА Новости Украина, 5 апреля 2016г., <http://rian.com.ua/society/20160405/1007863727.html>.

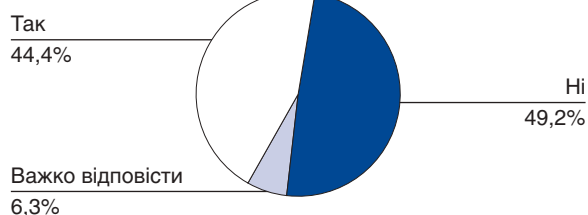
¹¹ Див.: Експерт: В Україні мінімум 4,5 млн одиниць нелегальної зброї, і ця цифра збільшується щодня. – Інтернет-видання “Васильєв град”, 18 січня 2015р., <http://www.vasilev-grad.in.ua/?p=8910>; В українців на руках 2 млн. одиниць легальної зброї і ще близько 3 млн. – нелегальної. – Тиждень.ua, 7 листопада 2011р., <http://tyzhden.ua/News/34729>.

ДУМКИ ЕКСПЕРТІВ ПРО КОНСТИТУЦІЙНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

Експертне опитування здійснене Центром Разумкова з метою з'ясування погляду експертів щодо оцінки тих змін у Конституції, які безпосередньо стосуються захисту прав людини¹.

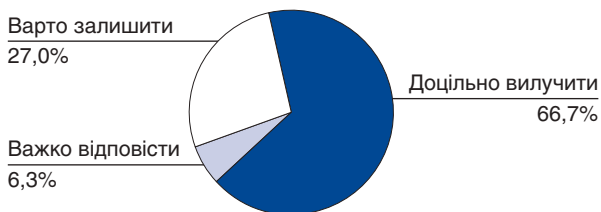
Експертне середовище демонструє розподіл практично напів позитивних (49%) та негативних (44%) оцінок щодо можливості вилучення з тексту Конституції формул, які дають посилання на окремі закони й тим самим нівелюють цінність формули конституційної норми прямої дії.

Стаття 8 Конституції України проголошує: “Норми Конституції України є нормами прямої дії”. Чи вважаєте Ви, що з тексту Основного Закону необхідно вилучити формули “відповідно до закону”, “визначені законом”, “передбачені законом”, “встановлені законом”, які нівелюють проголошене правило?
% опитаних експертів



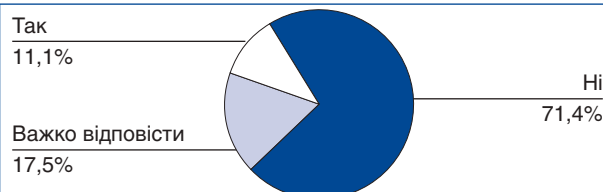
Дві третини (67%) експертів вважають, що посилання на критерій моральності доцільно вилучити. Тим більше, що ні в Конвенції Ради Європи про захист прав людини і основоположних свобод, ні в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права посилання на цей мотив немає. Пропозицію залишити таке посилання в тексті Конституції підтримують 27% експертів.

Чи варто залишати в тексті Конституції України позилання на критерій моральності, з мотивів невизначеності, при обмеженні прав людини, якщо в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права і в Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод позилання на цей мотив відсутнє, як і в багатьох конституціях інших держав?
% опитаних експертів



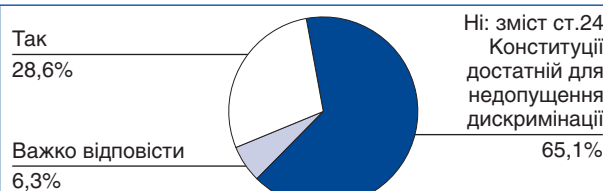
Експертне середовище переважною більшістю (71% проти 11%) вважає, що право людини на зброю не повинне бути конституційною нормою.

Чи варто в Конституції України закріпити “право людини на зброю”?
% опитаних експертів



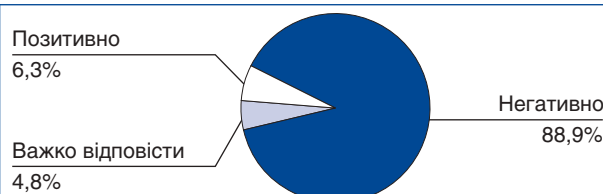
Майже дві третини (65%) експертів не вбачають необхідності у внесенні спеціальної згадки про “сексуальні меншини” до тексту Конституції в якості одного з критеріїв заборони дискримінації (протилежну думку мають 29%).

Чи варто в Конституції України згадувати спеціально про “сексуальні меншини” як критерій заборони дискримінації (цей критерій згадується в конституціях п'яти держав)?
% опитаних експертів



Негативне ставлення до ініціативи вилучення з тексту Конституції положення “право людини на повагу її гідності через її “невизначеність і туманність” продемонстрували переважна більшість опитаних експертів – 89%. Підтримують таку ідею лише 6%.

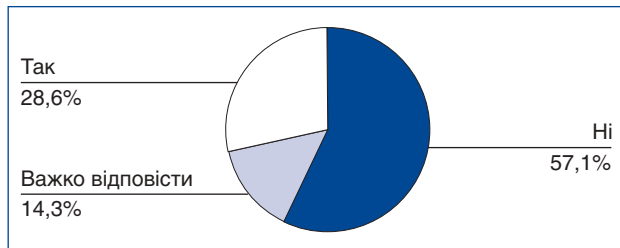
Деякі експерти пропонують вилучити з Конституції “право людини на повагу її гідності через її “невизначеність і туманність”. Як Ви ставитеся до такої пропозиції?
% опитаних експертів



¹ Експертне опитування проведене 25 квітня - 25 травня 2016р. Було опитано 58 експертів – науковці (викладачі вищих навчальних закладів, працівники науково-дослідних установ), представники судової системи, правозахисники, представники неурядових організацій, члени Конституційної комісії, працівники міжнародних організацій, апаратів Уповноважених з захисту прав військовослужбовців, з питань дотримання прав внутрішньо переміщених осіб, Адміністрації Президента України.

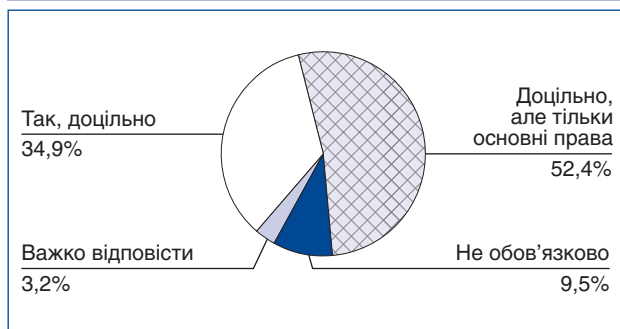
Варто зазначити, що в експертній думці переважають противники можливості обмеження свободи слова з міркувань моралі (57%). У той же час привертає увагу значне число прихильників – 29% опитаних експертів.

Чи вважаєте Ви, що свободу слова можна обмежити з міркувань моралі? % опитаних експертів



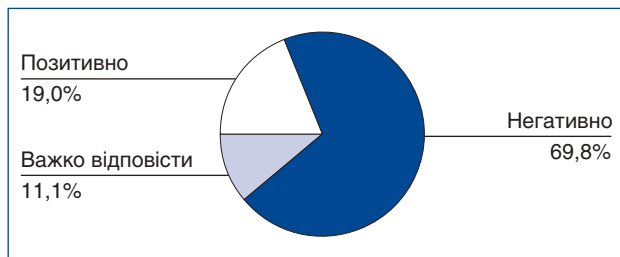
В експертному середовищі немає одностайної думки стосовно доцільності викладення в тексті Конституції всіх наявних прав і свобод людини. Більшість (52%) експертів виступають за доцільність викладення лише основних прав, але понад третину (35%) – за доцільність викладення всіх наявних прав і свобод.

Чи доцільно в Конституції України викладати всі наявні права і свободи людини? % опитаних експертів



Разом з тим, більшість (70%) опитаних експертів вважають, що положення про право на працю, на охорону здоров'я, на житло, на освіту необхідно залишити в тексті Конституції, навіть якщо держава не в змозі забезпечити їх дотримання.

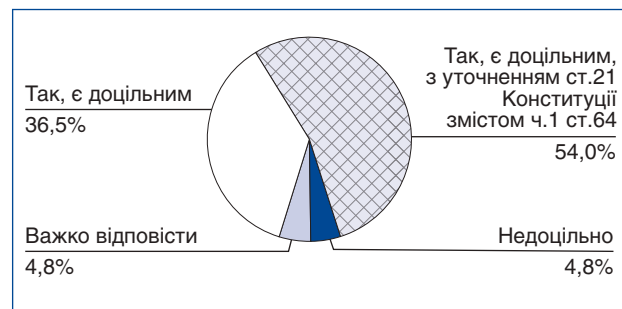
Як Ви ставитеся до пропозиції вилучити з тексту Конституції України положення про “право на працю”, “право на охорону здоров'я”, “право на житло”, “право на освіту” та інші, оскільки держава не здатна сьогодні їх забезпечити? % опитаних експертів



Наявна в тексті Конституції дилема – наявність одночасно критерію “непорушності прав і свобод людини” та положень, які допускають обмеження цих прав і свобод, як свідчать результати експертного опитування, не знаходить однозначного вирішення. Більшість (54%) експертів висловлюються за

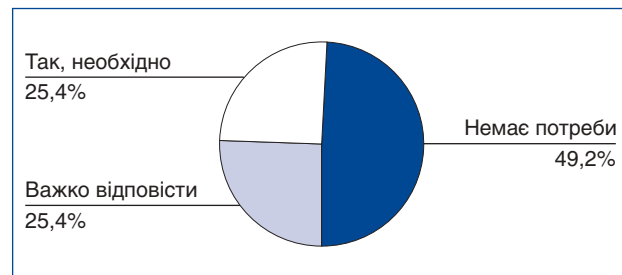
доцільність використання критерію непорушності прав і свобод людини, але з уточненням положень, які допускають їх обмеження. Понад третину (37%) експертів вважають, що нічого міняти не потрібно.

Чи є доцільним використання в Конституції України критерію “непорушності прав і свобод людини (ст.21), коли наступні положення Конституції допускають “обмеження прав та свобод людини і громадянина (ч.1 ст.64)”? % опитаних експертів



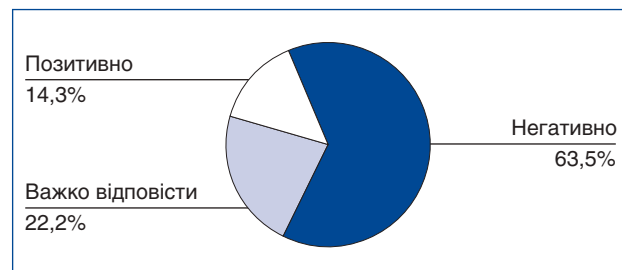
Питання конституційного захисту прав юридичних осіб виявилася доволі непростою для експертів. Майже половина (49%) експертів вважають, що в цьому немає потреби, тоді як рівні частки – по чверті експертів – або підтримують такий підхід, або вагаються з відповіддю.

Чи необхідно в Конституції України передбачити спеціально визначену форму захисту прав юридичних осіб? % опитаних експертів



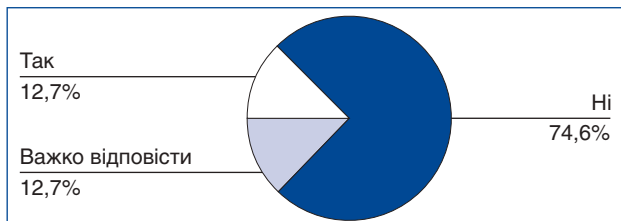
Пропозиція вилучення з тексту Конституції положення про можливість примусового відчуження об'єктів права приватної власності лише в якості винятку з мотивів суспільної необхідності не отримала підтримки експертів. Більшість (64%) опитаних експертів висловилися проти цього, лише 14% підтримали вилучення з тексту Конституції такого положення.

Як Ви ставитеся до пропозиції вилучити з тексту Конституції України положення про “можливість примусового відчуження об'єктів права приватної власності лише як винятку з мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості (ч.5 ст.41)”? % опитаних експертів



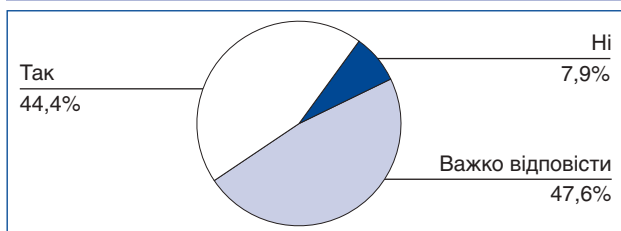
Переважна більшість (75%) експертів не підтримують закріплення в Конституції обов'язку громадян брати участь у виборах і референдумах. Прихильників такого підходу – 13%.

Чи вважаєте Ви, що в Конституції має бути закріплене не право, а обов'язок брати участь у виборах і референдумах?
% опитаних експертів



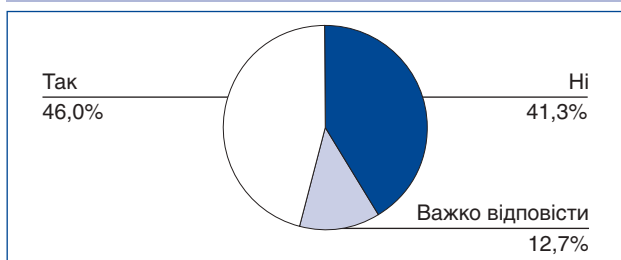
Майже половина (48%) експертів не змогли дати однозначної відповіді на питання, чи дозволять формулювання дотримання принципів верховенства права, пропорційності тощо зберегти баланс публічних і приватних інтересів. Впевнених, що це сприятиме збереженню необхідного балансу майже стільки ж – 44%. Песимістів з цього приводу серед експертів – 8%.

В основу формулювання положень проекту змін до Розділу II Конституції України покладено дотримання принципів верховенства права, пропорційності та інші. Чи дозволить це зберегти баланс публічних і приватних інтересів?
% опитаних експертів



Делікатне питання внесення до тексту Конституції конкретних підстав позбавлення особи громадянства України серед експертної спільноти не має однозначної підтримки. Голоси експертів розділилися майже навпіл: відносна більшість (46%) таку пропозицію підтримують, але дещо менше експертів (41%) її не підтримують.

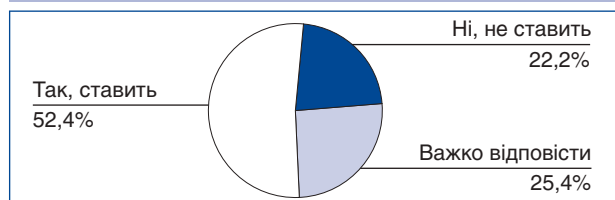
Чи допускаєте Ви зазначення в Конституції України конкретних підстав позбавлення особи громадянства України?
% опитаних експертів



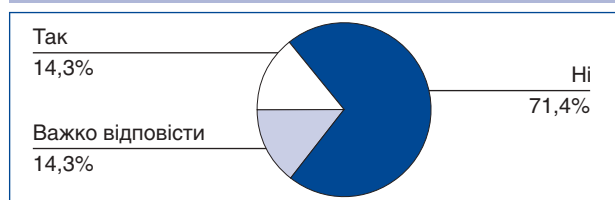
Більшість (52%) експертів схильні вбачати в нечіткому формулюванні норми про запровадження інституту конституційної скарги загрози виникнення ситуації, коли людина буде змушена звертатися до не визначених у Конституції засобів юридичного захисту. Майже чверть експертів такої загрози не вбачають, а 25% експертів не можуть знайти однозначної відповіді.

Переважає більшість (71%) експертів не вважають положення про заборону рабства та підневільного стану архаїчним.

Право на конституційну скаргу, передбачене проектом змін до Конституції України (щодо правосуддя) реалізується лише після того, як “після остаточного рішення суду” особа вичерпає “всі інші національні засоби юридичного захисту.” Чи не ставить термін “всі інші національні засоби” конкретну особу в ситуацію, коли вона після рішення вищої судової інстанції буде змушена звертатися ще до “інших” засобів, які не визначені в проекті?
% опитаних експертів



Чи можна вважати “архаїчним” положення проекту змін до Конституції України про заборону “рабства і підневільного стану”?
% опитаних експертів



Результати експертного опитування, яке стосувалося впливу внесених змін до Конституції на ситуацію з правами людини, можуть дати підстави для таких висновків.

Серед експертів наявною є підтримка збереження в тексті Конституції положень, які вимагають поваги до гідності людини, а також про право на працю, на охорону здоров'я, на житло, на освіту.

На думку більшості експертів, обмеження свободи слова з міркувань моралі – недопустиме.

Так само експерти не підтримують ідеї внесення до тексту Конституції права людини на зброю, а також спеціальної згадки про заборону дискримінації сексуальних меншин.

Експертна думка схильється до викладення в тексті Конституції основних прав і свобод людини.

Критерій непорушності прав і свобод людини, на думку більшості експертів, має використовуватися з уточненням положень, які допускають їх обмеження.

В експертному середовищі немає однозначної оцінки ідеї внесення положення про можливість позбавлення громадянства України.

Не знаходить підтримки експертів пропозиція вилучення з тексту Конституції положення про можливість примусового відчуження об'єктів права приватної власності лише в якості винятку з мотивів суспільної необхідності.

Експерти не підтримують пропозицію закріплення в тексті Конституції обов'язку громадян брати участь у виборах і референдумах.

Експерти також не мають однозначної відповіді на питання, чи дозволять формулювання дотримання принципів верховенства права, пропорційності тощо зберегти баланс публічних і приватних інтересів.

Значна частина експертів вказують на можливий ускладнення для громадян під час реалізації їх права на конституційну скаргу.

ПРАВО НА ЗБРОЙНИЙ САМОЗАХИСТ: ВІДПОВІДНІСТЬ КОНСТИТУЦІЇ І МІЖНАРОДНИМ ЗОБОВ'ЯЗАННЯМ УКРАЇНИ



Ольга БУТКЕВИЧ,
доцент кафедри міжнародного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету ім.Тараса Шевченка

29 серпня 2015р. було зареєстровано електронну петицію ВГО “Українська асоціація власників зброї” до Президента України з вимогою, зокрема, доповнити ст.27 Конституції України частиною четвертою такого змісту: *“Кожен громадянин України має право на вільне володіння вогнепальною зброєю для захисту свого життя і здоров'я, житла та власності, життя і здоров'я інших людей, конституційних прав і свобод у разі узурпації влади, посягань на конституційний лад, суверенітет та територіальну цілісність України.*

Реалізація права на вільне володіння вогнепальною зброєю регулюється відповідним законом та може бути обмеженою лише за рішенням суду щодо окремої особи”¹.

Зазначена петиція та реакція на неї спричинили суспільну дискусію на тему, чи варто передбачати в Основному законі право на збройний самозахист, чи це право має бути закріпленим на законодавчому рівні; чи доцільно взагалі передбачати таке право і що розуміти під збройним самозахистом; які види зброї можуть бути використані для самозахисту і т.п. Втім під час дискусії найбільш суттєвою проблемою виявилась відсутність збройного законодавства в Україні, що, своєю чергою, є джерелом численних прогалин, колізій, порушень. Ситуація погіршується й через зростання незаконного обігу зброї, зумовленого війною на Сході України.

На дискусію відгукнулися як вітчизняні та зарубіжні громадські діячі, політики, юристи та фахівці в інших галузях, так і українські та міжнародні неурядові організації².

У проблемі вільного володіння вогнепальною зброєю для самозахисту можна виділити аспекти як процесуального характеру (юридичної техніки), так і матеріального права.

1. Питання придбання, володіння та користування зброєю (у т.ч. вогнепальною) **не є предметом конституційного регулювання**. Зброя належить до об'єктів

права власності фізичних чи юридичних осіб відповідно до законодавства (для набуття права власності на зброю чинним законодавством України встановлюється спеціальний порядок, зокрема щодо вогнепальної та мисливської зброї, газових пістолетів, револьверів і деяких видів пневматичної зброї). Разом з тим, Конституція України, закріплюючи право власності (ст.41), визначає лише загальні засади володіння, користування і розпорядження власністю, а також заборону протиправного позбавлення власності і не дає переліку об'єктів, на які це право поширюється (крім права власності на землю – ст.14, але земля відповідно до цієї статті є “основним національним багатством під охороною держави”). Це стосується навіть тих об'єктів власності, які становлять джерело підвищеної небезпеки, як, наприклад, транспортні засоби, дикі тварини, вибухові і вибухо-небезпечні предмети та речовини тощо.

Таким само шляхом йде і **зарубіжна практика** – питання регламентування озброєння, регулювання обігу, придбання, використання, застосування та зберігання зброї є предметом законодавчого врегулювання і не фіксується в Конституціях (це характерно і для тих держав, в яких існує досить ліберальне законодавство про зброю).

¹ Законодавчо затвердити право громадян України на захист. – Офіційне Інтернет-представництво Президента України, електронні петиції, <https://petition.president.gov.ua/petition/40>.

² Див., зокрема: UKRAINE'S LEGAL DEBATE ON THE RIGHT TO ARMED SELF-DEFENCE. – Democracy Reporting International., Briefing Paper 64, March 2016, http://democracy-reporting.org/files/briefing_paper_armed_self-defence_clean_en_final.pdf; <http://democracy-reporting.org/publications/country-reports/ukraine/briefing-paper-64-march-2016.html>.

Проте зустрічаються поодинокі випадки конституційного закріплення права на вогнепальну зброю³.

У Конституції *Мексика* 1971р. у ст.10 закріплюється право громадян мати зброю у себе в домівках (крім її заборонених видів) для самооборони та безпеки, а також визначаються державні органи, відповідальні за здійснення контролю і політики у сфері зброї⁴.

Також виняток становить Конституція *Чилі* 1980р., втім в ній (ст.103) право на володіння зброєю формулюється від противного: "Ніхто не може володіти зброєю, інакше як на законних підставах і з відповідним дозволом. Закон встановлює органи та механізм контролю за зброєю".

Найбільш показовим прикладом і одним з аргументів прихильників конституційного права на самозахист в Україні є закріплення права на зброю в Основному законі *США*. Друга поправка до Конституції закріплює право вільного володіння зброєю (подібні положення містяться і в більшості конституцій штатів). Проте, слід враховувати історичний контекст прийняття цієї поправки. Так, її було прийнято 1791р., в період, коли культура зброї була поширеною, фактор володіння зброєю (і відповідними її видами) свідчив про соціальний статус особи, а правосвідомість народів розглядала зброю як один з необхідних елементів такого статусу (великою мірою право вільної людини на зброю обґрунтовувалось ідеологією Просвітництва, яка справила безпосередній вплив на Конституцію США⁵). Слід також згадати, що це був період до формування галузі захисту прав людини, а більш вагомим у правосвідомості розглядалось право власності, а не право людини на життя⁶. Тут також можна порівняти практику США та Великої Британії – до середини XX ст. право володіння і носіння зброї було частиною загального права Великої Британії (а історично, навіть, "обов'язком"⁷), утім сьогодні це країна з одним із найбільш суворих законодавств щодо права на зброю.

Приклад США у сфері прав людини є неприйнятним для України, яка знаходиться в цілком іншій

системі міжнародних зобов'язань (передусім у рамках Ради Європи). Адже крім історичного контексту закріплення в Конституції США права на вільне володіння вогнепальною зброєю, слід відзначити, що і сьогодні США знаходяться поза сферою абсолютного захисту права людини на життя. У цій державі зберігається (і є досить поширеною) смертна кара, кримінальне законодавство дозволяє досить часто призначати таке покарання. Навіть Міжнародний суд ООН вдався до безпрецедентного кроку – у своєму рішенні у справі братів Лагранд (2001р.) він вказав США на необхідність змінити своє кримінальне законодавство в напрямі його гуманізації, не маючи при цьому такої функції (до повноважень МС ООН не належить характеристика національних правових систем). Дослідники американської Конституції також дедалі частіше наголошують на її невідповідності універсальним і регіональним тенденціям у закріпленні та гарантуванні прав людини⁸.

Отже, цінність життя в правовій системі США є часто підпорядкованою іншим цінностям та праволудинним нормам⁹. Прихильники права на вільне володіння зброєю стверджують: "Кожного року в США громадяни під час самооборони вбивають у два рази більше злочинців, ніж поліція, але при цьому відсоток випадково постраждалих у 3 рази менший, чим при діях поліції"¹⁰. При чому знищення злочинця тут подається як досягнення, а така кількість вбивств злочинців пересічними громадянами, а не поліцією, як недогляд поліції. Досить сумнівний "праволудинний" аргумент!

Як буде наведено далі, Україна, ставши членом Ради Європи, виявилася у специфічній системі координат щодо ставлення до цінності прав людини, абсолютно відмінної від сучасної американської. Тут можна згадати рішення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) у справі "Сьорінг проти Сполученого Королівства" 1989р., де він встановив пріоритетність системи захисту прав людини в рамках Ради Європи, заборонивши Сполученому Королівству екстрадувати до США злочинця, як того вимагали його

³ За твердженням дослідників, лише три держави конституційно закріпили право володіння громадянами вогнепальною зброєю, а саме – Мексика, Гватемала та США. Див.: Zachary Elkins, Tom Ginsburg and James Melton, U.S. Gun rights truly are American exceptionalism. – Bloomberg View, 7 March 2013, <http://www.bloombergview.com/articles/2013-03-07/u-s-gun-rights-truly-are-american-exceptionalism>.

⁴ Слід відзначити, що протягом історії конституційного процесу в Мексиці право на володіння зброєю поступово обмежувалось. Так Конституція в редакції 1857р. дозволяла громадянам вільне володіння і носіння зброї, в редакції 1917р. – це право було обмежене правом володіти (право власності на зброю) і правом носити зброю у визначених законом випадках, а вже Конституція 1971р. обмежила право володіння зброєю до права тримати зброю винятково у своєму помешканні, і встановила, що у виключних випадках закон може дозволити носіння зброї поза помешканням; крім того, суттєві обмеження на право володіти зброєю встановлюються законодавством, поліцейськими правилами тощо.

⁵ Cantrell Ch. The right to bear arms: a reply. – Wisconsin Bar Bulletin, 2000, p.1-14.

⁶ Так В.Блекстоун вважав засадничими – право людини на безпеку, право на особисту свободу та право на власність, яким мають відповідати всі інші права. Див.: Там само, р.2. Див. також: Winkler A. The reasonable right to bear arms. – STANFORD LAW AND POLICY REVIEW, №5 (21), 2006, p.593-610; GULASEKARAM P. "The people" of the Second Amendment: Citizenship and the Right to Bear Arms. – The New York University Law Review, Vol.85, 2010, p.1521-1580; <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:10880602>. Крім того, поширеним є тлумачення цієї поправки як такої, що передбачає право на зброю для міліції, а не для самозахисту індивідів, що і мали на увазі творці американської Конституції: "Джерела підтверджують, що американці послідовно вживали термін "володіння зброєю" у воєнному сенсі як для часів війни, так і для часів миру, переважно розглядаючи його у мілітарному значенні". – Kozuskanich N. Originalism, History, and the Second Amendment: What Did Bearing Arms Really Mean to the Founders. – U. Pa. J. Const. L., 2007, T.10, p.416.

⁷ Див.: Ingram J. D., Ray A. A. Right to Keep and Bear Arms. – The NMLRev, 1997, Iss.27, p.494.

⁸ Law D. S., Versteeg M. The Declining Influence of the United States Constitution. – New York University Law Review, 2012, T.87, №.3, p.762-858.

⁹ Саме така законодавча практика та історичний розвиток закріплення права на носіння зброї в США є в основі збільшення насильства, пов'язаного із застосуванням зброї, зокрема серед молоді. Американські дослідники цього питання пов'язують зростання насильства серед молоді з правом вільного носіння вогнепальної зброї – як у прямому сенсі (можливості її застосування), так і як фактору знецінення життя людини. Див.: R.Page, J.Hammermeister. Weapon-carrying and youth violence. – Adolescence, Vol.32, No127, 1997.

¹⁰ Колосок А. Легалізація зброї як каталізатор розвитку соціальної відповідальності суспільства. – Actual Problems of Economics, №11 (149), 2013, с.116. Див. також: Kates D., Mauser G. Would banning firearms reduce murder and suicide? A review on international and some domestic evidence. – Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol.30, №2, p.649-694.

міжнародні зобов'язання перед США за іншими міжнародними договорами, через існування в США смертної кари, забороненої Європейською конвенцією з прав людини (ЄКПЛ).

Відтак, випадки зазначення в конституціях права на зброю є переважно наслідком успадкування сучасними основними законами цього положення від їх історичних попередників.

Більшість сучасних конституцій світу не містить питання про володіння зброєю, як такого, що не досягає рівня конституційного закріплення. Особливо активно процес відмови від конституційного закріплення права індивідів на володіння зброєю проходив, починаючи з середини ХХ ст.: "Відсоток конституцій, які містять право володіти зброєю скоротився за останні 60 років з 8% до 2%"¹¹. Це питання віднесено до врегулювання законами¹².

При чому це характерно як для держав, що мають досить лояльні закони в цій сфері і *дозволяють вільне володіння короткоствольною зброєю, зокрема для самозахисту*:

Молдова – "Закон про режим зброї і боєприпасів цивільного призначення" 2012р., Закон "Про контроль над індивідуальною зброєю" 1994р., **Естонія** – "Закон про зброю" 2002р., **Литва** – Закон "Про контроль над зброєю і боєприпасами" 2002р., **Латвія** – Закон "Про обіг зброї і спеціальних засобів" 2011р., **Швейцарія** – Закон "Про зброю" та Акт Про зброю (переглянуті 2008р.)¹³, **Чехія** – Закон "Про вогнепальну зброю і амуніцію 2014р., **Норвегія** Закон "Про зброю" 1961р., **Сербія** – Закон "Про зброю та амуніцію" (переглянутий 2015р.), **ПАР** – Акт про контролю за озброєнням 2000р.¹⁴;

так і там, де таке *володіння заборонене або суттєво обмежене*:

Австралія – закони штатів про зброю було гармонізовано Національною угодою про вогнепальну зброю 1996р., **Франція** – Кодекс внутрішньої безпеки 2012р., Кодекс про оборону та ін., **ФРН** – Федеральний Закон про зброю 1972р., Закон "Про зброю" 2002р., **Велика Британія** – Акт про вогнепальну зброю 1997р. та поправки до нього, **Польща** – Закон "Про зброю і боєприпаси", **Південна Корея** – кримінальне законодавство країни забороняє вільне володіння зброєю¹⁵, **Філіппіни** – Республіканський Акт 10591 2013р., **Ізраїль** – Закон "Про контроль над зброєю" 1996р., а також **Індонезія**, **Китайська Народна Республіка** та ін.¹⁶

2. Досить сумнівною видається пропозиція закріпити право на вільне володіння вогнепальною зброєю *саме у ст.27 Конституції України*. Адже при цьому виявляється повна нелогічність: стаття Основного Закону, яка закріплює право на життя, наступним своїм положенням врегульовує методи обмеження цього права (застосування вогнепальної зброї, навіть у цілях самозахисту, тягне за собою загрозу для життя або позбавлення життя).

Формулювання проекту, згідно з яким вільне володіння вогнепальною зброєю можливе не лише для захисту свого життя і здоров'я, але також і для захисту "житла та власності", "прав і свобод у разі...посягань на конституційний лад, суверенітет і територіальну цілісність України" також містить суперечності.

По-перше, за такого формулювання право людини на життя ставиться у залежність від права власності людини (загроза житлу та власності є підставою для застосування зброї, отже прямої загрози життю). Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод у ст.15, навіть за надзвичайних обставин (війна чи інші надзвичайні ситуації, що становлять суспільну небезпеку), дозволяє обмеження цілого ряду прав людини (в т.ч. права власності), *за винятком права людини на життя*. Відтак, **право людини на життя в системі захисту прав людини Ради Європи і ЄС (а отже і України) є абсолютним і не містить жодних обмежень** (тим більше, їх не можна встановлювати на національно-правовому рівні). Право людини на життя не може бути підпорядкованим праву на власність. Останнє має захищатися засобами, не пов'язаними з позбавленням людини (правопорушника, який зазіхає на право власності) життя.

По-друге, положення, яким пропонується запровадити право на вільне володіння вогнепальною зброєю з метою захисту "прав і свобод у разі...посягань на конституційний лад, суверенітет та територіальну цілісність України", може стати підставою для зловживань (пов'язаних із застосуванням зброї, а отже прямою загрозою для життя людини). Так, можливі випадки закликів до повалення конституційного ладу в Україні, до обмеження чи знищення суверенітету або незалежності України (що є кримінальним злочином) у рамках мітингів, партійних чи ін. з'їздів, політичних зібрань тощо. Проте, такі випадки є підставою для кримінальної відповідальності осіб, які висловлюють подібні протиправні заклики, а не застосування проти них зброї. Вочевидь існуючі сьогодні в Конституції положення щодо захисту суверенітету і територіальної цілісності України не містять

¹¹ Law D. S., Versteeg M. The Declining Influence of the United States Constitution. – New York University Law Review, 2012, T.87, №3, p.775. Але і під час цього процесу право на зброю було на останньому, 60-му місці за популярністю серед інших конституційних положень.

¹² Firearms-control legislation and policy. Compiled by Constance A. Johnson. – The Law Library of Congress, 2013, 243 p.

¹³ Саме на приклади досить ліберальної практики регулювання обігу зброї в Молдові, країнах Балтії та Швейцарії посилаються вітчизняні прихильники права на володіння короткоствольною вогнепальною зброєю.

¹⁴ Приклад Південної Африки, де практика володіння зброєю є поширеною, навряд чи можна порівнювати з ситуацією, наприклад, в Україні. Сучасне досить лояльне законодавство щодо володіння зброєю там було прийнято внаслідок наполягання чорношкірої більшості (зокрема і сьогодні одним з основних проponentів вільного володіння вогнепальною зброєю є Асоціація чорношкірих власників зброї). Втім це право розглядається ними не в контексті права на самозахист від загальних кримінальних посягань, а як необхідність захисту від расизму. Відтак, досить лояльне законодавство ПАР щодо володіння зброєю пояснюється і повинно розглядатися в контексті апартеїду, який заперечував право чорних громадян країни на володіння зброєю (так, отримання права власності на зброю стало одним з проявів набуття цими громадянами повноправного статусу).

¹⁵ У Південній Кореї – одне з найбільш суворих законодавств із заборони зброї, а також найнижча культура зброї і найменше власників зброї. Водночас у цій країні зафіксована найнижча смертність від застосування зброї – Див.: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_countries_by_firearm-related_death_rate.

¹⁶ Держави Азії переважно забороняють вільне володіння вогнепальною зброєю. Винятком тут є Філіппіни (в яких досить суворе законодавство в цій сфері, проте найліберальніше на Азійському континенті), а також Ізраїль. Втім, щодо останнього слід мати на увазі історичну та політичну обстановку становлення держави та її законодавства, воєнні загрози, які спричинили відповідну культуру носіння зброї.

таких суперечностей: “Захист суверенітету і територіальної цілісності України ... є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу” (ст.17); “Захист Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, шанування її державних символів є обов’язком громадян України” (ст.65).

Отже закріплення в Конституції України права на вільне володіння громадянами вогнепальною зброєю з метою самозахисту, захисту власності та захисту суверенітету України не відповідає правилам конституційної техніки і не складає собою предмет конституційного регулювання.

3. Більш складним завданням видається *вироблення відповідного законодавства про зброю* в Україні. Потреби в нормативному врегулюванні можна розподілити на такі блоки питань:

- поняття цивільної зброї (визначення цивільної зброї, право власності на цивільну зброю, технічні характеристики зброї, дозволеної для власності фізичних і юридичних осіб, оподаткування отримання дозволу на придбання та оподаткування власності на цивільну зброю, умови зберігання, умови носіння зброї поза межами постійного місця проживання та ін.);
- режим зброї (функції органів ЦОДВ, відповідальних за контролем над режимом утримання та обігом цивільної зброї в Україні, порядок формування єдиного державного реєстру вогнепальної зброї, умови використання зброї та визначення її видів для захисту життя і здоров’я, визначення місць, де заборонено носіння цивільної зброї та ін.);
- усунення колізій в законодавстві (нагородна зброя, вікові обмеження щодо права власності та використання зброї, навчання користування зброєю, поняття самозахисту та необхідної самооборони та ін.);
- обіг зброї (умови та процедура отримання дозволу на придбання, зберігання, використання цивільної зброї, режим придбання, відчуження, застосування цивільної зброї, кримінальна відповідальність за незаконне придбання, відчуження, зберігання, використання та застосування зброї, правила транспортування цивільної зброї і боєприпасів, в т.ч. між різними адміністративно-територіальними одиницями, незаконний обіг зброї, пов’язаний з війною на Сході України) та ін.

Законодавство про цивільну зброю в Україні має базуватися на нормах Конституції та міжнародних зобов’язаннях держави.

Право на життя як визначальне стосовно змісту та реалізації інших прав людини

Як уже було сказано стосовно запропонованих змін до Конституції України, право на життя в системі РС та ЄС можна охарактеризувати як визначальне щодо всіх інших прав і свобод людини (в т.ч. соціальних,

політичних і економічних, до яких належить і право на житло, право власності тощо) у своєрідній ієрархії таких прав. З цього ж слід виходити і під час розробки збройного законодавства.

Визнання і міжнародно-правове закріплення права людини на життя як абсолютного та безумовного проявилось у прийнятті Другого Факультативного протоколу до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, що стосується скасування смертної кари 1989р., і втілилось у європейській системі захисту прав людини зокрема в положеннях додаткових Протоколів №6 (1983р.) та №13 (2002р.)¹⁷ до Європейської Конвенції з прав людини. Для України ці договори є чинними, отже гарантування абсолютного права людини на життя, яке не підлягає жодним виняткам, є її міжнародними зобов’язаннями і, враховуючи імперативність цієї норми, найбільш основоположними зобов’язаннями. Для України у процесі євроінтеграції також важливо враховувати те, що право на життя є абсолютним і в ЄС (ст.2 Хартії основних прав Європейського Союзу).

Досить чітко характеристику співвідношення права людини на життя і самозахисту, необхідної самооборони дав Європейський Суд з прав людини. При чому тут він стоїть на позиції захисту абсолютної цінності життя, навіть у ситуаціях, що загрожують громадському порядку чи (тим більше) вільній реалізації права власності або права людини на недоторканість житла.

Так, у рішенні про прийнятність у справі “Путінцева проти Росії” (2012р.) ЄСПЛ констатував: “Стаття 2, яка гарантує право на життя і встановлює обставини, за яких може бути виправдано позбавлення життя, є одним з найбільш фундаментальних положень Конвенції, відхід від якого неприпустимий. Поряд зі статтею 3 вона також закріплює одну з основних цінностей демократичних суспільств, які входять до складу Ради Європи. Тому обставини, за наявності яких може бути виправдано позбавлення життя, мають підлягати суворому аналізу. ... Формулювання статті 2 в цілому охоплює не тільки випадки навмисного вбивства, але й ситуації, коли “застосування сили” здійснюється у відповідності з законом, але може потягнути завання смерті по необережності. Будь-яке застосування сили має бути не більшим, аніж “абсолютно необхідним” ... Відповідно, застосування сили має бути у суворій мірі пропорційним досягненню розв’язання цілей¹⁸. ... Крім того, національне законодавство повинно забезпечувати існування системи адекватних і ефективних засобів захисту від свавілля і зловживання силою і навіть від нещасних випадків, які можна упередити. ... Зокрема, посадові особи повинні бути навчені так, щоб вони могли визначати чи є абсолютна необхідність використання вогнепальної зброї, не тільки на основі положень відповідних нормативних актів, але й надаючи належну увагу пріоритету поваги права на життя як фундаментальної цінності”.

¹⁷ Саме Протоколом №13 до ЄКПЛ встановлюється абсолютність права на життя і неможливість винятків з нього: “Смертна кара скасовується. Нікого не може бути засуджено до такого покарання або страчено ... Жодних відступів від положень цього Протоколу не допускається на підставі статті 15 Конвенції. ... Жодних застережень стосовно положень цього Протоколу не допускається на підставі статті 57 Конвенції” (статті 1-3).

¹⁸ Див. Постанову від 4 травня 2001р. у справі “Келлі та інші проти Сполученого Королівства” (*Kelly and Others v. the United Kingdom*), заява №30054/96, п.93.

Таким чином, цінність життя людини проголошена фундаментальною основою всього європейського правопорядку. І, навіть, у випадках правомірного застосування вогнепальної зброї фізичними особами з метою самооборони чи правоохоронними органами ЄСПЛ стоїть на позиціях збереження життя навіть перед загрозою (ймовірною чи передбачуваною) правопорядку, реалізації політичних, соціальних чи економічних прав людини.

У цьому контексті зобов'язанням України в рамках інструментів Ради Європи суперечать положення проекту Закону “Про цивільну зброю і боєприпаси”, прийняття якого є другою вимогою петиції до Президента України щодо “права громадян України на захист”¹⁹.

Як сказано в преамбулі проекту “Закон ...спрямований на захист життя та здоров'я громадян, **власності**, охорону громадського порядку і громадської безпеки”. Вочевидь, власність не є тією цінністю, яку особа може захищати зі зброєю в руках. Тим більше, що право власності на найбільш буденні маловартісні речі – це теж право власності. У ст.36 проекту передбачається, що правомірним є застосування зброї “для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше володіння особи (включно з транспортним засобом)”. Цим праву на житло та власність підпорядковується право на життя. Незаконне вторгнення не є адекватною підставою для застосування зброї.

Крім того, додавання ризику позбавлення життя (вільного володіння вогнепальною зброєю) вже після того, як Україна дала згоду на обов'язковість для неї європейських стандартів цінності життя людини, може стати як негативним стимулом для вітчизняного законодавства і правозастосовної (як і правоохоронної) практики, так і поганим сигналом для європейської сторони (в ракурсі євроінтеграції України).

Принцип відповідності міри покарання тяжкості злочину (правопорушення)

Одним із загальних принципів права є принцип співрозмірності покарання тяжкості злочину (принцип, відомий ще з часів Римської імперії). У вітчизняному кримінальному законодавстві він закріплений в рамках принципу справедливості покарання²⁰.

Прихильники запровадження вільного володіння вогнепальною зброєю вказують на необхідність особи захистити себе та інших людей від незаконних посягань на їх життя, здоров'я та власність. Стверджують, що за наявності зброї в людини, навіть хуліганські дії вчинити проти неї буде складно. Фактично, йдеться про відсіч таким злочинам, як хуліганство, нанесення побоїв, умисних тілесних ушкоджень різної тяжкості, згвалтування, крадіжка, грабіж, розбій (у т.ч. з проникненням до житла) та ін. Кримінальне законодавство України містить перелік санкцій за вчинення таких злочинів.

Санкції за злочини, передбачені Кримінальним кодексом України

- **хуліганські дії** караються штрафом від 500 до 1 000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до семи років залежно від обставин злочину (ст.296);
- **згвалтування** карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років, або за різних обтяжуючих умов від п'яти до 15 років (ст.152);
- **умисне тілесне ушкодження** карається позбавленням волі на строк від п'яти до восьми років, або за обтяжуючих обставин – позбавленням волі на строк від семи до 10 років (ст.262);
- **умисне завдання удару, побоїв або вчинення інших насильницьких дій, які завдали фізичного болю і не спричинили тілесних ушкоджень** карається штрафом до 50 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк до 200 годин, або виправними роботами на строк до одного року, а ті самі діяння, що мають характер мордування, вчинені групою осіб, або з метою залякування потерпілого чи його близьких, або з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості караються обмеженням волі на строк до п'яти років або позбавленням волі на той самий строк (ст.126);
- **крадіжка** карається штрафом від 50 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або громадськими роботами на строк від 80 до 240 годин, або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк до трьох років, або за різних обтяжуючих умов покарання може бути у вигляді позбавлення волі від трьох до дванадцяти років з конфіскацією майна чи без неї (ст.185);
- **грабіж** карається штрафом від 50 до 100 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, громадськими роботами або виправними роботами на строк до двох років, або арештом на строк до шести місяців, або позбавленням волі на строк від чотирьох до 13 років з конфіскацією майна чи без неї (ст.186);
- **напад з метою заволодіння чужим майном, поєднаний із насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу, або з погрозою застосування такого насильства (розбій)** карається позбавленням волі на строк від трьох до семи років, розбій, поєднаний з проникненням у житло, карається позбавленням волі на строк від семи до 12 років із конфіскацією майна (ст.187);
- **бандитизм** (організація озброєної банди з метою нападу на ...окремих осіб, а також участь у такій банді або у вчинюваному нею нападі) караються позбавленням волі на строк від п'яти до 15 років з конфіскацією майна (ст.257) і т.д.

¹⁹ Реєстр. № 1135-1 від 5 лютого 2015р., http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52809.

²⁰ Це, щоправда, викликає критику дослідників, на думку яких варто, *по-перше*, виокремити принцип співрозмірності покарання тяжкості вчиненого правопорушення; а, *по-друге*, в чинному кримінальному законодавстві принципу співрозмірності перешкоджають часто занадто розтягнуті нижня та вища межі покарання у одній санкції. – Див.: Книженко О.О. Проблемні аспекти співрозмірності злочину та покарання за нього // Вісник Харківського національного університету ім.В.Н.Каразіна / Харківський національний університет ім. В.Н. Каразіна. – Харків: Видавництво ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 1964. - N757: Сер. Право. Вип.1(2). – 2007. – С.108-111.

Звісно, жодна з санкцій цих статей не пов'язана з позбавленням життя чи нанесенням тяжких тілесних ушкоджень або шкоди здоров'ю. Більше того, п.3 ст.50 ККУ встановлює: "Покарання не має на меті завдати фізичних страждань". Якщо повернутися до питання про вільне використання зброї для самозахисту від цих та інших злочинів, то слід відверто визнати – право вільного володіння вогнепальною зброєю передбачає її застосування, а останнє має наслідком позбавлення життя або нанесення серйозної шкоди здоров'ю і завдання фізичних страждань.

Відтак, **дозвіл вільного володіння зброєю для самозахисту може призвести до встановлення в Україні двох паралельних кримінальних юрисдикцій**: однієї, санкціонованої державою та її законодавством, та іншої – яка сформується фактично, на практиці реалізації збройної самооборони. Вільне носіння зброї може призвести до неспіврозмірно тяжких наслідків, ніж це передбачає чинне кримінальне законодавство, і вилитись у порушення принципу співрозмірності покарання скоєному злочину.

Крім того, Конституція встановлює, що "обов'язком держави є захищати життя людини" (ст.27). А згідно з практикою ЄСПЛ держава не тільки повинна захистити особу від дій зловмисника, але й несе відповідальність за невжиття запобіжних практичних заходів щодо захисту життя людини (рішення у справі "Тонгадзе проти України").

Цим саме на державу, її правоохоронні органи покладений обов'язок захисту людини від протиправних посягань. Аргументація на користь вільного володіння вогнепальною зброєю для самозахисту фактично "легалізує" недовіру до правоохоронних органів, переконаність у їх нездатності виконати покладені на них обов'язки. Це може значно зашкодити процесу реформування правоохоронної системи, який здійснюється в рамках імплементації Угоди про асоціацію з ЄС (і фактично є вимогою як для скасування візового режиму з ЄС, так і для набуття членства в ЄС). Більш конструктивною в цьому є не вимога "передати" фізичним особам функції самозахисту, а ефективне функціонування (реформа) правоохоронних органів, на яке і спрямовуються кошти цих фізичних осіб - платників податків.

Аналізуючи практику ЄСПЛ, можна дійти висновку, що про використання зброї для самооборони може йтися винятково при прямій загрозі життю, лише як "абсолютну (виключну) необхідність".

Питання співмірності покарання злочину в практиці ЄСПЛ часто розглядається в контексті необхідної оборони ("МакКанн та інші проти Сполученого Королівства", "Огюр проти Туреччини", "Начова та інші проти Болгарії", "Какулі проти Туреччини", "Рамсагаї проти Нідерландів" та ін.). Необхідність застосування зброї має досить широкий діапазон – від подолання опору, нейтралізації об'єкта до запобігання його втечі і т.ін. У будь-яких випадках відповідно до рішень ЄСПЛ вибір має бути зроблено, виходячи з крайніх обставин для відповідних дій. Виникає питання, чи може *фізична особа реально оцінити, що дійсно має місце крайня обставина?* А якщо



вона не може цього зробити, але застосувала зброю, то чи не спричинить це нові звинувачення країни в порушенні ЄКПЛ?

У більшості своїх рішень з цього приводу ЄСПЛ закликає держави зважати на принцип пропорційності та дозволяти навіть своїм правоохоронним органам відкривати вогонь у разі крайньої (абсолютної) необхідності. Суд закликає також жертвувати необхідністю затримання зловмисника перед загрозою позбавити його життя (справи "Начова та інші проти Болгарії", "Рамсагаї та інші проти Нідерландів", "Баббінс проти Сполученого Королівства", "Яша проти Туреччини", "Ергі проти Туреччини", "Ільхан проти Туреччини", "Макараціс проти Греції", "Тсаєва та ін. проти Росії", "Путінцева проти Росії" та ін.). Слід зауважити, що тут йдеться про дії правоохоронних органів, які мають відповідні інструкції, навички та ін. Немає підстав вважати, що цивільна особа без відповідних навичок діятиме так само обережно, маючи на меті збереження життя зловмисника.

Аналогія з "судовою помилкою"

Одним з найбільш ґрунтовних і неспростовних аргументів на користь скасування смертної кари є фактор судової помилки. Певний відсоток судової помилки є ймовірним завжди і варіюється залежно від правосвідомості того чи іншого суспільства, розвитку судової системи, ефективності правоохоронних органів, фахової підготовки співробітників правоохоронних органів, суддів тощо. Втім, якщо йдеться про судову помилку, то можливе і її виправлення – скасування неправомірного вироку, звільнення особи з ув'язнення чи від відбування іншого покарання, відшкодування моральних і матеріальних збитків, спричинених неправомірним вироком та ін. Смертна кара – єдиний вид покарання, де поновлення незаконно відібраного (порушеного) права є неможливим. Ані реабілітація, ані визнання помилковості винесеного в результаті судової помилки рішення не поверне життя людини. Головним чинником тут є **безповоротність / невивправність** такого виду покарання.

Саме наявність судової помилки стала для більшості держав, що скасували смертну кару, остаточним аргументом для такого кроку.

За аналогією із судовою помилкою можна розглядати і правомірне застосування сили для самозахисту. Далеко не завжди особа, яка не має



відповідних навичок носіння і застосування зброї (не є правоохоронцем, військовим, спортсменом відповідних видів спорту тощо), може адекватно оцінити ступінь загрози. Крім того, особа, проти якої вчиняються дії, які вона може розцінити як агресивні²¹, може перебувати у стані переляку, афекту, збудження тощо. Такі стани людини можуть пояснюватись обстановкою, в якій відбувається ситуація (наприклад, безлюдне неосвітлене місце), пережитим до цього стресом чи тим, що раніше ця особа дійсно ставала жертвою злочинних дій, обґрунтованим чи ні страхом за своє життя і здоров'я (наприклад, якщо людина отримує загрози від недоброзичливців) і т.ін.

Разом з тим, головною тут залишається **безпоротність, невинність** таких дій. Адже в разі застосування зброї для уявної оборони після встановлення того, що насправді загрози не існувало, не можливо буде повернути ситуацію назад і поновити життя чи здоров'я особи, яка вчиняла хуліганські дії або й просто поводи́ла себе невиховано. Тому **за вільного володіння вогнепальною зброєю для самозахисту, як і в ситуації із судовою помилкою під час винесення смертних вироків, невинність таких дій нівелює можливі переваги від охорони законних інтересів громадян від протиправних посягань**.

Не адекватна оцінка можливої загрози представниками правопорядку

Говорячи про можливість не адекватної оцінки чи перебільшення ступеня загрози і невинності застосування при цьому зброї для уявної оборони, слід звернутися до подібної практики у правоохоронних структурах. Так, є цілий ряд рішень ЄСПЛ, в яких він визнає державу винною у порушенні права людини на життя внаслідок застосування зброї працівниками правопорядку, коли вони перебільшили ступінь загрози. При цьому майже в усіх випадках у правоохоронців були об'єктивні та обґрунтовані підстави підозрювати осіб, до яких вони застосували зброю, у скоєнні тяжкого злочину та намаганні втекти (застосування зброї для запобігання втечі), у загрозі скоєння злочину вбивства однієї або групи осіб (застосування зброї для запобігання вбивства інших осіб) або у загрозі відкриття вогню по самим правоохоронцям.

Так, у справі “МакКанн та інші проти Сполученого Королівства” (1995р.) ЄСПЛ дійшов висновку про порушення державою ст.2 ЄКПЛ “право людини на життя” (1988р. військовослужбовцями спеціальної військово-десантної служби Гібралтару було застрелено трьох громадян Ірландії, підозрюваних у намірі здійснити терористичний акт шляхом підризу вибухівки в автомобілі в Гібралтарі. Після інциденту ані зброї, ані дистанційного вибухового пристрою в жодного з трьох підозрюваних знайдено не було). В цьому рішенні Суд констатував: “Їх [військовослужбовців] рефлекторні дії у цьому життєво важливому питанні позбавлені того ступеня обережності у використанні вогнепальної зброї, який слід очікувати від співробітників правоохоронних органів у демократичному суспільстві, навіть коли вони мають справу з небезпечними людьми, які підозрюються в тероризмі, і явно не відповідають вимогам проявляти обережність, передбачену інструкціями з використання поліцією вогнепальної зброї, де підкреслюється відповідальність перед законом кожного офіцера залежно від ситуації, в якій застосовано зброю” (п.212). Подібні ситуації розглядалися ЄСПЛ у справах “Андроніку і Константину проти Кіпру” (1997р.), “Ергі проти Туреччини” (1998р.), “Тулеч проти Туреччини” (1998р.), “МакКерр проти Сполученого Королівства” (2001р.), “Претті проти Сполученого Королівства” (2002р.), “Огюр проти Туреччини” (1999р.) та ін.

Показовим у цих справах є те, що Суд визнав добросовісність поведінки державних службовців (поліції) під час виконання ними відповідних завдань. Проте, ними було переоцінено ступінь загрози, що потягнуло за собою смерть підозрюваних осіб.

У цих рішеннях йдеться про “недогляд” фахівців (правоохоронців і військовослужбовців), тобто осіб, які проходять відповідний вишкіл, навчання, мають відповідну психологічну та фізичну підготовку, навички володіння зброєю (які є необхідною і основною частиною їх служби), знання про те, коли і як ця зброя може бути застосована, і які приймали відповідну присягу перед народом своєї держави. Втім, навіть у випадках застосування зброї особами, безпосередньо на це уповноваженими, трапляються ситуації перевищення меж крайньої (абсолютної) необхідності. Таким чином, за вільного володіння короткоствольною вогнепальною зброєю є ризик неспіврозмірно більших випадків її понаднеобхідного використання (особами без відповідних навичок, які не завжди можуть адекватно оцінити ступінь загрози), аніж це і зараз трапляється з боку професійних правоохоронців. Це, своєю чергою, тягнучиме ідповідні заяви проти України в міжнародні судові установи, зокрема Європейський суд з прав людини.

Застосування зброї з метою самозахисту має відповідати певним критеріям. Так, самозахист не може бути визнаним правомірним, якщо заподіяна шкода є більш значною, ніж відвернена (вогнепальне поранення особи у відповідь на її хуліганські дії чи невиховану поведінку). За визначенням професора

²¹ Тут навісисно не вживається слово “напад”, оскільки це можуть бути хуліганські дії або просто нахабна поведінка невихованої людини.

Дж.Лота (Чікаго, США), який обстоює право громадян Сполучених Штатів вільно володіти зброєю: “Зброя це останній засіб”.

Так, ст.36 проекту Закону “Про цивільну зброю і боеприпаси” закріплює, що “власники зброї мають право застосовувати зброю для...затримання осіб, ... щодо яких є обґрунтована підозра у вчиненні ними злочину”. При цьому виникає питання: хто буде визначати обґрунтованість підозри? Фактично цим положенням громадянам передаються функції прокуратури. У цій же статті міститься положення, згідно з яким “Особа має право дістати вогнепальну зброю і привести її у готовність, якщо **вважає**, що в обстановці, яка склалася, можуть виникнути підстави для її застосування”. Суб’єктивна оцінка ситуації не є достатньою підставою для застосування зброї. Наділення особи такою функцією становить пряму загрозу громадській безпеці, безпеці інших осіб. Тут є також **небезпека для третіх осіб**.

Право власності на вогнепальну зброю не є загальним, тому не може становити права на самозахист. Наполягаючи на тому, що вільне володіння вогнепальною зброєю є правом людини, яке випливає із гарантованого Конституцією України права на самозахист (у преамбулі проекту Закону “Про цивільну зброю і боеприпаси” стверджується, що він базується на основі положень Конституції про “рівність конституційних прав та обов’язків громадян”), прихильники його запровадження не враховують, що право на самозахист має бути загальним (право на захист свого та інших людей життя та здоров’я встановлене в ст.27 Конституції).

Право на самозахист дієздатних, без кримінального минулого чи підозрюваних у зв’язку з криміналітетом осіб

Так, його об’єктивно будуть позбавлені люди з вадами зору, з обмеженими фізичними можливостями, люди з захворюваннями, не пов’язаними з інвалідністю і т.ін. Не може право на захист свого життя і здоров’я ставитись у залежність від фізичних можливостей людини. Отже, права на збройний самозахист будуть позбавлені велике коло осіб. Вільне володіння зброєю фактично виокремлює певну групу людей, які матимуть “привілейоване” право на самозахист. Адже і в проекті Закону “Про цивільну зброю і боеприпаси” пропонується у ст.17 передбачити критерій фізичного стану здоров’я як передумову отримання дозволу на зброю²².

Це суперечить принципу рівності прав усіх людей, закріпленому в ст.21 та 24 Конституції України.

Можливе отримання вогнепальної зброї суспільно-небезпечними особами

За даними дослідження “Програми рівних можливостей та прав жінок в Україні” (спільного проекту ЄС та Програми розвитку ООН в Україні), 35% українців стикалися з психологічним насильством



(найчастіше це постійне приниження та контролююча поведінка), 21% – з фізичним (побиття, а також замикання, зв’язування, примушення стояти в нерухомому положенні), 17% – з економічним (примушення звітувати за кожну копійку, присвоєння обманним шляхом чи знищення майна), 1% – з сексуальним насильством²³. Лише 10% жертв фізичного насильства зверталися по допомогу до органів внутрішніх справ. Серед усіх опитаних **47% вважають, що у випадку фізичного насильства слід звертатися до органів правопорядку і 45% довіряють їм**²⁴.

52% респондентів довіряють психологічним службам, 46% – громадським організаціям, що ведуть боротьбу з насильством і допомагають жертвам, 40% – державним соціальним службам, однак лише **1-2% жертв насильства в сім’ї зверталися до цих організацій**²⁵.

Саме практика замовчування домашнього (сімейного) насильства і незаявлення про нього до правоохоронних органів не дає змоги виявити осіб, які вдаються до такої практики. Тому, за даними правоохоронних організацій, така практика може бути значно поширенішою, ніж зареєстровані випадки. Вільне володіння зброєю для особи, яка чинить домашнє насильство, може стати додатковим стимулом у цьому. А жертва такого насильства ще менш вірогідно буде звертатися до відповідних громадських організацій чи правоохоронних органів. При чому тут не йдеться про те, що зловмисник застосовуватиме зброю проти членів своєї сім’ї – вона просто стане дієвим засобом, навіть не фізичного, а психологічного насилля і уникнення розголосу через залякування жертви.

Проект Закону “Про цивільну зброю і боеприпаси” пропонує максимально лояльно поставитися до таких осіб. Дійсно у ст.18 “перебування на профілактичному обліку у зв’язку з вчиненням особою насильства в сім’ї” (п.7) розглядається як підстава для відмови у видачі дозволів на зброю; а в разі “взяття на профілактичний облік у зв’язку з вчиненням власником зброї насильства в сім’ї” дозвіл на зброю призупиняється (п.3 ч.1 ст.20).

²² Сьогодні для отримання права на мисливську зброю необхідно надати медичну довідку. Але заняття полюванням чи стрільцкими видами спорту не є рівнозначним праву людини на самозахист.

²³ Докладно див.: 10 невідомих фактів про насильство в сім’ї: Спільний проект ЄС та ПРООН презентував результати нового дослідження. – Юридичний портал *Pravotoday*, 19 січня 2010р., <http://pravotoday.in.ua/ua/press-centre/publications/pub-63>.

²⁴ Там само.

²⁵ Там само.



Далі Проектом пропонується відновлювати дозвіл на зброю “за умови ...зняття власника зброї з профілактичного обліку у зв’язку з вчиненням насильства в сім’ї” (п.3 ч.2 ст.20). Це положення є непевним принаймні з кількох підстав. *По-перше*, зняття з профілактичного обліку може бути здійснене внаслідок корупційних дій (зокрема, дачі хабара) або хитрощів з боку зловмисника (вмовляння жертви дати позитивні свідчення, тривала позитивна поведінка тощо). *По-друге*, зняття з такого обліку є формальним актом і не може бути свідченням, що особа позбавилася звички домашнього насильства.

Право на вільне володіння зброєю і правосвідомість

За твердженням фундаторів Української стрілецької асоціації, метою її створення була, зокрема популяризація ідеї вільного носіння зброї, яка не є сьогодні поширеною в українському суспільстві: “однією з головних проблем у цій сфері сьогодні є навіть не протидія державної влади (вона завжди проти ініціатив, які зменшують контроль над громадянами), а пасивність самого суспільства і відсутність запиту на лібералізацію збройного законодавства. ...суспільство живе стереотипами і не сприймає право на зброю та самозахист як нормальне право вільної людини”²⁶.

Напевне ту саму “просвітницьку” мету має і Українська асоціація власників зброї, голова якої Г.Учайкін (автор електронної петиції до Президента України) заявив: “Ми повинні розповідати спочатку людям про захист, дати їм можливість переконатися в тому, що вони повністю беззахисні”²⁷. За даними, які навів Президент України в інтерв’ю українським телеканалам 20 вересня 2015р., лише 11% громадян підтримують законодавче закріплення вільного володіння вогнепальною зброєю.

Так, закріплення даного положення суперечитиме сформованій більш гуманістичній правосвідомості людей. Більш цінним завданням вітчизняного законодавства і правової системи було б поглиблення у правосвідомості цінності життя людини, пріоритету ненасильницьких методів, скорочення необхідності в озброєнні та силових засобах вирішення суспільних проблем.

Крім цього, той, хто хоче мати у власності зброю, вже має її, і чинне законодавство цьому не перешкоджає: “За приблизними даними, які отримувала Асоціація власників зброї, близько 2 млн. громадян має на руках вогнепальну зброю, зареєстровану у встановленому порядку. Це гладкоствольні рушніці, нарізні карабіни і т.зв. “травматична зброя”²⁸.

У той же час законодавчого врегулювання потребуватиме і питання видів зброї, дозволених для

власності цивільних осіб. Так, на сьогодні легалізована помповая зброя, яка має стартову швидкість кулі 400 метрів за секунду: “В Україні у вільному продажі є помповики, які накачуються повітрям і мають летальну дію на людину. Ця зброя заборонена майже в усіх країнах Європи як страшна зброя. Така помпова рушниця стріляє без звуку, не залишає слідів ні гільзи, ні кулі, не ідентифікується. Тобто це ідеальна зброя кіллера”²⁹. Тут збройне законодавство має базуватися на врахуванні інтересів суспільної безпеки і безпеки окремих осіб.

При цьому, якщо йдеться про самооборону, то цілком досить і травматичної зброї (яка також може мати летальну дію), адже вона стріляє на відстань 2-5 м, але при цьому зменшується *небезпека для третіх осіб*.

Тому основним аспектом законодавства про зброю є визначення видів зброї, дозволених для полювання, заняття спортом та самозахисту, а також цілком заборонених для цивільного володіння.

Нагородна зброя

Питання нагородної зброї регулюються Законами України “Про державні нагороди в Україні” (ст.9), “Про дисциплінарний статут органів внутрішніх справ України” (п.10 ст.9), “Про Дисциплінарний статут Збройних сил України” (п.44 Дисциплінарного статуту); Указом Президента “Про заснування відзнаки Президента України “Іменна вогнепальна зброя” №341 від 27 квітня 1995р., Наказом МВС “Про Відомчу заохочувальну відзнаку МВС “Вогнепальна зброя” №1521 від 30 листопада 2015р. та іншими внутрішніми нормативно-правовими актами.

Очевидно, що питання нагородної вогнепальної зброї, власності на неї та її обігу не є предметом внутрішніх нормативно-правових актів. Сьогодні інститут нагородної зброї в Україні є скоріше пережитком радянського минулого. Під час розробки відповідного законодавства про цивільну зброю питання нагородної зброї має стати предметом виключно законодавчого врегулювання відповідно до вимог суспільної безпеки і здорового глузду.

Суспільна дискусія про вільне володіння зброєю з метою самозахисту виявила численні проблеми, пов’язані з відсутністю збройного законодавства в Україні і нагальністю його вироблення. Базові принципи, на яких воно має бути розроблене, очевидні: це положення Конституції і міжнародні зобов’язання України в сфері прав людини. Враховуючи безпоротність, невинуватість застосування зброї, принцип “не нашкодити” має бути в основі розробки законодавства в цій сфері. ■

²⁶ Докладно див.: Суспільство живе стереотипами і не сприймає право на зброю та самозахист як нормальне право вільної людини. – Українська стрілецька асоціація, <http://www.strilets.org/analitika/statti/ukrajinska-striletska-asotsiatsiya-suspilstvo-zhive-stereotipami-i-ne-spriymae-pravo-na-zbroyu-ta-samozakhist-yak-normalne-pravo-vilnoi-lyudini>.

²⁷ Докладно див.: Миллионы украинцев уже доказали, что могут ответственно владеть оружием – Учайкин. – Bigmir.net, <http://news.bigmir.net/ukraine/938079-Milliony-ukraintsev-uzhe-dokazali-cto-mogut-otvetstvenno-vladet-oruzhiem-Uchajkin>.

²⁸ Микола Кудрявцев: Чому я теж проти “легалізації зброї” – Сайт Української Асоціації власників зброї, http://zbroya.info/ru/blog/6428_mikola-kudriavtsev-chomu-ia-tezh-proti-legalizatsiyi-zbroyi/.

²⁹ Бути чи не бути легалізації зброї в Україні? – Волинь Post, 13 травня 2015р., <http://www.volynpost.com/articles/524-buty-chy-ne-buty-legalizacii-zbroi-v-ukraini>.

ПОЗИТИВНІ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ЗА ЄКПЛ ТА “ПОЗИТИВНА КОМПЛЕМЕНТАРНІСТЬ” ЗА РИМСЬКИМ СТАТУТОМ: МОЖЛИВОСТІ ВЗАЄМОДІЇ



Микола ГНАТОВСЬКИЙ,
доцент кафедри міжнародного права Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету ім.Т.Шевченка,
голова Європейського комітету із запобігання катуванням,
нелюдському чи такому, що принижує людську гідність,
поводженню або покаранню

Процеси гуманізації міжнародного права, що інтенсифікувалися на початку 1990-х років, призвели до бурхливого розвитку міжнародного гуманітарного права, міжнародного права прав людини та міжнародного кримінального права. Ці “гуманістичні” галузі міжнародного права мають багато точок дотику, найбільш значущою з яких є обов’язки держав у ситуаціях масового насильства та серйозних порушень прав людини, що їх зазвичай супроводжують. Кожна з названих галузей міжнародного права підходить до цих ситуацій зі своєї позиції, які подекуди можуть виглядати не дуже тісно пов’язаними одна з одною.

Міжнародне гуманітарне право визначає права та обов’язки сторін збройного конфлікту з метою гуманізації його ведення, а положення конвенцій про захист прав людини сформульовано як права індивідів у їх взаєминах з державами. Своєю чергою, міжнародне кримінальне право розглядається насамперед як “вторинна” галузь міжнародного права, що доповнює традиційні норми про міжнародно-правову відповідальність держав положеннями про кримінальну відповідальність окремо взятих індивідів за порушення ними “первинних” норм міжнародного гуманітарного права, міжнародного права прав людини та норм міжнародного права, що регулюють застосування сили в міжнародних відносинах (і у вітчизняній науці традиційно належать до галузі “права міжнародної безпеки”).

Упродовж останніх трьох десятиліть проблемам цих галузей міжнародного права присвячено тисячі томів наукових монографій та періодики. Разом з тим відчувається очевидний брак досліджень, у яких здійснювався б функціональний аналіз інститутів цих трьох галузей з точки зору держави, яка є носієм зобов’язань за відповідними звичаєвими та договірними нормами. Проте саме від поведінки держави та виконання нею приписів норм міжнародного права гуманістичної спрямованості залежить, чи будуть останні втілені у життя. Такий кут зору на взаємодію норм міжнародного гуманітарного права, прав людини та міжнародного кримінального права також має перевагу практичності, оскільки може

безпосередньо використовуватися державою, на території якої відбувається відповідна кризова ситуація та вчиняються масові та серйозні порушення основних прав людини.

Актуальність окресленого комплексу питань для України з огляду на збройний конфлікт, що триває на її території з 2014р., не потребує додаткових обґрунтувань. Те, як Україна впорається (чи не впорається) із численними викликами, що стоять перед нею, є безпосередньо важливим і для інших держав, а надто – держав, що, як і Україна, беруть участь у Європейській конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ЄКПЛ). Нарешті, визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду (МКС) щодо всіх подій на її території від 21 листопада 2013р. згідно зі ст.12(3) Римського статуту (нехай і без ратифікації цього міжнародного договору) ставить нові запитання щодо обсягу міжнародноправових зобов’язань держави у сфері захисту жертв збройних конфліктів та в інших ситуаціях масового насильства.

Тут розглянуто лише один практично важливий для України аспект взаємодії зобов’язань держави за міжнародним гуманітарним правом, європейським правом прав людини та міжнародним кримінальним правом, а саме – **обов’язок держави здійснювати переслідування за найтяжчі злочини проти міжнародного права.**

Важливість цього зобов’язання добре простежується в усіх цих галузях міжнародного права, хоч і

приймає різні форми та підкреслює різні його аспекти. Так, у міжнародному гуманітарному праві спільна стаття 49/50/129/146 Женевських конвенцій від 12 серпня 1949р. у п.2 передбачає: “Кожна Висока Договірна Сторона зобов’язується розшукувати осіб, яких обвинувачено у вчиненні або в наказі вчинити серйозні порушення [відповідної конвенції], і віддають таких осіб, незалежно від їх громадянства, до своїх судів. Вона може також, якщо вважає це потрібним, і відповідно до положень свого законодавства, передати таких осіб для судового процесу іншій заінтересованій Високій Договірній Стороні за умови, що така Висока Договірна Сторона не має доказів, які давали б підстави для обвинувачення таких осіб”. У підготовленому під орудою Міжнародного комітету Червоного Хреста дослідженні звичаєвого міжнародного гуманітарного права, аналогічна норма розглядається як така, що діє в обох типах збройних конфліктів – міжнародному та неміжнародному, а також поширюється на всі серйозні порушення норм цієї галузі (тобто всі воєнні злочини), а не лише на відповідні порушення Женевських конвенцій, де зазначено: “Держави повинні розслідувати воєнні злочини, вчинені, як стверджується, їх громадянами, або їх збройними силами, або на їх території, і, за необхідності, здійснювати судові переслідування підозрюваних. Вони також повинні розслідувати інші воєнні злочини, щодо яких вони мають юрисдикцію, і, за необхідності, здійснювати судові переслідування підозрюваних”¹.

На відміну від міжнародного гуманітарного права, у європейському праві прав людини обов’язок переслідувати осіб, винних у найтяжчих порушеннях прав людини, було сформульовано у практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) як т.зв. “процедурне зобов’язання” за ст.2 та 3 ЄКПЛ. Воно охоплює обов’язок “проводити ефективне розслідування порушень матеріальних аспектів цих норм”². Кримінальна складова цього процедурного обов’язку також безпосередньо згадується Судом: “Суд багато разів зазначав, що ефективна судова система, якої вимагає стаття 2, за певних обставин повинна включати звернення до кримінального права”³.

Як вказує В.Шабас⁴, вимоги до розслідувань порушень статей 2 і 3 у контексті збройного конфлікту були вперше вказані Великою палатою ЄСПЛ ще у справі *Varnava and Others v. Turkey*, що стосувалася зникнень людей у 1974р. під час вторгнення Туреччини на Кіпр. Велика палата підкреслила, що розслідування не лише повинно бути незалежним, доступним для родини жертви, проводитися з розумною швидкістю та оперативністю і охоплювати елементи громадського контролю самого розслідування та його результатів, але й бути ефективним у тому сенсі, що воно повинно мати здатність призвести до визначення того, чи було спричинено смерть неправомірно, і, якщо так, до встановлення відповідальних та їх покарання⁵.

ЄСПЛ не розрізняє злочини, вчинені в контексті масового насильства (наприклад, примусове зникнення як злочин проти людяності), та інші серйозні злочини проти особи. Наприклад, у справі *MC v. Bulgaria* було встановлено порушення державою її зобов’язань стосовно ефективного розслідування у справі про згвалтування через застарілі норми національного законодавства⁶.

У міжнародному кримінальному праві обов’язок здійснювати розслідування певних злочинів та судові переслідування за них формулюється інакше та охоплює злочини проти загального міжнародного права. Такі злочини пов’язуються з порушенням імперативних норм міжнародного права, тобто заборони геноциду, злочинів проти людяності, а також воєнних злочинів. Те, що цей обов’язок стосується всіх без винятку держав ясно зрозуміло з формулювань абзацу 6 преамбули Римського статуту МКС: “обов’язком кожної держави є здійснення її кримінальної юрисдикції над особами, які несуть відповідальність за вчинення міжнародних злочинів”. Продовжує цю логіку абзац 10 преамбули, який говорить про комплементарний характер МКС до національних органів кримінальної юстиції, та ст.1 і 17 Статуту, у яких принцип комплементарності знаходить конкретне визначення. Іншими словами, очевидно, що **МКС діє тоді, коли держава не виконує свій міжнародно-правовий обов’язок переслідувати осіб, винних у найтяжчих злочинах проти міжнародного права**.

Видається, що докорінно неправильно тлумачити принцип комплементарності як такий, що порушує суверенітет держави. Цю помилку зробив Конституційний Суд України 2001р., коли дійшов висновку про те, що цей міжнародний договір є “таким, що не відповідає Конституції України в частині, що стосується положень абзацу 10 преамбули та ст.1 Статуту, за якими “Міжнародний кримінальний суд ... доповнює національні органи кримінальної юстиції”⁷. Навпаки, головною метою МКС є забезпечення повної поваги до суверенітету держави та, зокрема, її судової влади. Проте суверенітет держави згідно з міжнародним правом не є абсолютним, і його обсяг у кожному конкретному випадку залежить від дотримання державою її міжнародних зобов’язань у відповідній сфері. У випадку Римського статуту йдеться про зобов’язання всіх без винятку держав світу боротися з найтяжчими злочинами проти міжнародного права, що порушують його основоположні імперативні норми та посягають на цінності, спільні для всього міжнародного співтовариства. Виходячи з максимально поважного ставлення до суверенітету держав, а також з того, що основна відповідальність у справі забезпечення міжнародного правопорядку має покладатися саме на держави, абзац 10 преамбули Римського статуту наголошує, що **Міжнародний кримінальний суд не замінює собою національні судові системи, а лише доповнює їх**.

¹ Customary International Humanitarian Law. Volume I. Rules – Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, Oxford University Press, 2009, p.607.

² *Silih v. Slovenia* [GC], European Court of Human Rights, App. No.71463/01, 9 April 2009, para.153.

³ Там само, para.194; *Mastromatteo v. Italy*, European Court of Human Rights, App. No.37703/97, 24 October 2002, para.90.

⁴ Schabas William A. Synergy or Fragmentation? International Criminal Law and the European Convention on Human Rights. – Journal of International Criminal Justice 9 (2011), p.609-632.

⁵ *Varnava and Others v. Turkey* [GC], European Court of Human Rights, App. Nos 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 and 16073/90, 18 September 2009, Para.191.

⁶ *MC v. Bulgaria*, App. No.39272/98, 4 December 2003.

⁷ Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) №3 від 11 липня 2001р.

Принцип комплементарності (доповнюваності) спрямований на встановлення тонкого балансу між суверенітетом держав та незалежністю міжнародної судової установи, якою є МКС. Первинною метою формули комплементарності, закріпленої у ст.17 Римського статуту, було визначення такої моделі паралельної юрисдикції, за якої держави несуть первинну відповідальність за розслідування міжнародних злочинів та судове переслідування за них. При цьому Статут виходить з очевидної істини про те, що є держави, у яких судові системи здатні добре функціонувати, а є такі, де це з різних причин не є можливим. Утім, навіть ті держави, де судова система не здатна забезпечити судове переслідування осіб, які вчинили найтяжчі злочини проти міжнародного права, не звільняються від міжнародно-правових зобов'язань таке переслідування здійснювати. З огляду на це принцип комплементарності в Римському статуті визначає ситуації, коли держава з об'єктивних чи суб'єктивних причин не виконує свої міжнародно-правові зобов'язання із судового переслідування винних у найтяжчих злочинах проти міжнародного права, і, як наслідок, коли МКС може взяти до свого провадження ту чи іншу конкретну справу.

Стаття 17 Римського статуту встановлює механізм, згідно з яким забезпечується дія принципу комплементарності через визнання неприйнятними справ, у яких держава, що має юрисдикцію стосовно одного з чотирьох найтяжчих міжнародних злочинів, належним чином виконує свої міжнародно-правові зобов'язання з розслідування такого злочину та переслідування осіб, що несуть за ним відповідальність. У п.1 цієї статті йдеться про чотири головні ситуації:

- 1) коли ведеться розслідування або кримінальне переслідування за відповідною справою;
- 2) коли за результатами розслідування або кримінального провадження держава дійшла висновку про відсутність підстав для кримінального переслідування;
- 3) коли особа вже поставала перед судом у справі, щодо якої МКС має юрисдикцію;
- 4) коли обвинувачення є недостатньо тяжкими для того, щоб справа розглядалася МКС.

Власне принципу комплементарності стосуються перші три з цих чотирьох ситуацій. Підхід до їх практичного вирішення вперше було сформульовано Палатою попереднього провадження МКС у справі Томаса Лубанги Д'їло у 2006р.⁸ У цьому рішенні підкреслюється важливість ретельного аналізу кожного з критеріїв, що стосуються комплементарності, а також питання про достатню тяжкість відповідного злочину.

Загальний зміст принципу комплементарності найповніше викладений у заяві про прокурорську політику, зробленій у 2006р. Канцелярією Прокурора МКС – ключовим органом у питаннях про початок розслідування тієї чи іншої справи – у такий спосіб сформулював ставлення до принципу комплементарності, сформулювавши концепцію “активної комплементарності”: “Що стосується комплементарності, Офіс наголошує, що згідно зі Статутом держави мають

основну відповідальність за запобігання звірствам на їх власній території та покарання за них. У цій схемі втручання з боку Офісу Прокурора має бути винятковим – воно матиме місце лише там, де держави не зможуть проводити розслідування та переслідування, або там, де вони мають такий намір, але реально вони нездатні або неспроможні здійснювати провадження. Суд, що ґрунтується на принципі комплементарності, забезпечує верховенство права на міжнародному рівні. Це означає, що він заохочує справжні національні провадження там, де це можливо; покладається на національні та міжнародні мережі; а також бере участь у системі міжнародного співробітництва”⁹.

Якщо повернутися до процедурних зобов'язань, про які веде мову ЄСПЛ, то вони є правом конкретної жертви порушення прав людини. Розглядаючи ці зобов'язання Суд може врахувати інші міркування, зокрема відмову від користування цим правом з боку особи, яка його має. Натомість у міжнародному кримінальному праві держави зобов'язані здійснювати переслідування осіб, винних у злочинах проти міжнародного права, з огляду на вимоги імперативних норм загального міжнародного права, незалежно від волі жертв таких злочинів.

З цим зокрема пов'язано питання можливих меж амністії за злочини, вчинені за ситуацій масового насильства. За всіх складних нюансів у різних конфліктних ситуаціях загальний висновок про те, що міжнародне право забороняє проводити амністію за геноцид, злочини проти людяності та воєнні злочини, не викликає серйозних сумнівів¹⁰. Категоричну позицію з цього приводу неодноразово займав Міжамериканський суд з прав людини, який відкидав амністію за серйозні порушення прав людини, такі як катування, позасудові, самочинні та свавільні страти, а також насильницькі зникнення, оскільки всі вони становлять порушення невідчужуваних прав, визнаних у міжнародному праві прав людини. Цю позицію Міжамериканський суд започаткував у знаменитому рішенні у справі *Velasquez-Rodriguez v. Honduras*¹¹ та розвинув у справі *Barrios Altos*¹².

Для відповіді на питання про взаємодію європейського права прав людини та міжнародного кримінального права у справах про амністії за злочини, вчинені під час збройного конфлікту, неможливо пройти повз рішення Великої палати ЄСПЛ 2014р. у справі *Marguš v. Croatia*¹³, у якому Суд встановив, що висунення нових обвинувачень у воєнних злочинах амністованих за них особі не тільки не порушувало зобов'язань Хорватії за ЄКПЛ, але й “відповідало статтям 2 та 3 Конвенції та вимогам і рекомендаціям /.../ міжнародних механізмів і документів”. Ключові положення рішення, покладені в основу аргументації такого висновку, варті дослівного цитування:

“127. Зобов'язання держав переслідувати за такі дії, як катування та навмисні вбивства, добре установлені у практиці Суду. Ця практика підтверджує, що надання амністії за вбивства та неналежне поведіння з цивільними особами суперечить

⁸ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, International Criminal Court, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Art. 58, No. ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, 10/02/2006, para. 29.

⁹ ICC-Office of the Prosecutor, Report on Prosecutorial Strategy, September 2006, http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/D673DD8C-D427-4547-BC69-2D363E07274B/143708/ProsecutorialStrategy20060914_English.pdf.

¹⁰ Наприклад: O'Shea A. Amnesty for Crime in International Law and Practice / Andreas O'Shea. – The Hague : Kluwer Law International, 2002, p.322; Ntoubandi F.Z. Amnesty for Crimes against Humanity under International Law. – Faustin Z. Ntoubandi, Leiden: Brill, 2007, p.226.

¹¹ Velasquez Rodriguez v. Honduras, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No.4

¹² Barrios Altos Case, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No.75, para. 41.

¹³ Marguš v. Croatia [GC], European Court of Human Rights, App. No. 4455/10, 27 May 2014.

зобов'язанням держави за статтями 2 та 3 Конвенції, оскільки це перешкоджатиме розслідуванню таких дій та однозначно призведе до безкарності тих, хто несе відповідальність за них. Такий наслідок принизить мету захисту, гарантовану статтями 2 та 3 Конвенції та перетворить на ілюзорні гарантії права індивіда на життя та право не зазнавати неналежного поводження. Об'єкт і мета Конвенції як інструменту захисту індивідів вимагають такого тлумачення та застосування її положень, щоб зробити встановлені у ній гарантії практичними та ефективними /.../.

139. У цій справі заявник був амністований за дії, що становили серйозні порушення основоположних прав людини, таких як навмисне вбивство цивільних осіб та завдання тяжких тілесних ушкоджень дитині /.../. У міжнародному праві зростає тенденція розглядати такі амністії як неприйнятні, оскільки вони несумісні з одностайно визнаними зобов'язаннями держав забезпечувати переслідування та покарання серйозних порушень основоположних прав людини. Навіть якщо прийняти, що амністії можливі у випадках, коли наявні певні конкретні обставини, такі як процес примирення та/або певна форма компенсації жертвам, надана заявнику амністія у цій справі була б непринятною, оскільки нічого не вказує на наявність таких обставин”.

З такої аргументації складається враження неготовності до потенційної гнучкості ЄСПЛ під час розгляду подібних ситуацій у майбутньому, якщо йтиметься про амністію разом з механізмами національного примирення та компенсації жертвам. У цьому сенсі ЄСПЛ залишається доволі послідовним, оскільки ще у 2009р. у справі *Ould Dah v. France* він відзначав, що можливий конфлікт між інтересами суспільного примирення та кримінального переслідування у контексті статей 2 та 3 ЄКПЛ. Разом з тим, немає підстав вважати, що ЄСПЛ допускає можливість амністії за найтяжчі злочини проти міжнародного права.

Як видно, немає занадто вагомих підстав говорити про розбіжності між європейським правом прав людини та міжнародним кримінальним правом стосовно наявності у кожної держави зобов'язання розслідувати найтяжчі злочини проти міжнародного права (як мінімум, геноцид, злочини проти людяності, воєнні злочини) та здійснювати кримінальне переслідування винних у них осіб. Проте важливо відзначити, що у зв'язку з російсько-грузинським збройним конфліктом 2008р. та російсько-українським збройним конфліктом, а також визнанням юрисдикції МКС Грузією (шляхом ратифікації Римського статуту) та Україною (через використання процедури *ad hoc*) питання взаємодії МКС та ЄСПЛ вперше набувають не лише теоретичного, але й конкретного практичного значення.

Не буде перебільшенням стверджувати, що за перші 13 років своєї діяльності МКС не зміг вразити міжнародне співтовариство своєю ефективністю. У перші роки існування МКС, коли ситуації, що він розглядав, обмежувалися лише Африкою, цей міжнародний судовий орган швидко охрестили колоніалістським судом білих. Утім, навіть на тому континенті вплив МКС залишається доволі обмеженим.

З огляду на злочини проти міжнародного права, вчинені на території Грузії та України, для МКС немає іншого вибору, як зайнятися європейським

континентом. У січні 2016р. Палата попереднього провадження МКС затвердила ініціативу Прокурора Суду почати розслідування злочинів, вчинених під час збройного конфлікту 2008р.¹⁴, а ситуація в Україні, пов'язана з можливими злочинами проти міжнародного права, вчиненими під час подій Революції Гідності та збройного конфлікту з РФ (після лютого 2014р.), залишається на етапі попереднього розгляду Канцелярією Прокурора МКС¹⁵.

Отже, можна констатувати, що у 2016р. МКС увійшов на територію ЄСПЛ, до його *l'espace juridique*. З огляду на викладене вище, не викликає сумніву, що держава, яка одночасно є стороною ЄКПЛ та Римського статуту МКС (або принаймні визнала юрисдикцію останнього *ad hoc*), може вважатися такою, що виконує свої міжнародні зобов'язання, лише якщо вона здійснює ефективні розслідування міжнародних злочинів та притягає до кримінальної відповідальності винних у них осіб як згідно з позитивними процедурними зобов'язаннями, сформульованими ЄСПЛ щодо ст.2 і 3 ЄКПЛ, так і відповідно до доктрини “активної комплементарності”, сформульованої Прокурором МКС. Так само подвійні вимоги висуваються до будь-яких законів про амністію, що мають відповідати як вимогам ЄКПЛ, так і міжнародного кримінального права. Частиною рівняння тут будуть і будь-які спроби організації органів постконфліктного (перехідного) правосуддя, так само як і спроби інших держав (насамперед держав-членів Ради Європи) здійснювати універсальну кримінальну юрисдикцію над особами, які вчинили злочини проти міжнародного права на території Грузії та України.

Така ситуація не тільки є складною, але й відкриває нові можливості для конструктивного діалогу між ЄСПЛ та МКС і, можливо, допомоги другому з боку першого у вирішенні питання прийнятності справи у світлі принципу комплементарності юрисдикції МКС. Видається, що МКС повинен розглядати критерії комплементарності за ст.17 Римського статуту (тобто питання про наявність у держави можливості та бажання здійснювати кримінальне переслідування злочинця) у світлі критеріїв ефективності розслідування, розроблених ЄСПЛ. Можливість і доцільність такого підходу вже ставала предметом розгляду в літературі¹⁶. Своєю чергою, ЄСПЛ, до якого вже надійшли (та продовжуватимуть надходити) сотні заяв щодо згаданих вище ситуацій, повинен мати на увазі наявність МКС як важливого актора на Європейському континенті, та, наскільки це можливо, сприяти його роботі шляхом проведення тіснішого зв'язку між позитивними зобов'язаннями держав за ст.2 і 3 ЄКПЛ та обов'язком розслідувати злочини проти загального міжнародного права та притягати до відповідальності винних за них. Зрештою, крім загальної мети забезпечення поваги до прав людини обидві міжнародні судові інституції поєднує спільна боротьба з безкарністю за найтяжчі їх порушення. ■

¹⁴ Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation. International Criminal Court, ICC-01/15-12, 27 January 2016 / Pre-Trial Chamber I.

¹⁵ Детальніше див.: <https://www.icc-cpi.int/ukraine>.

¹⁶ Van der Wilt H., Lyngdorf S. Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of 'Unwillingness' and 'Inability' in the Context of the Complementarity Principle. — Harmen van der Wilt, Sandra Lyngdorf, International Criminal Law Review, Volume 9 (2009), p. 39-75.

СИСТЕМА СУДОУСТРОЮ УКРАЇНИ: ІСТОРІЯ, СУЧАСНИЙ СТАН І ПЕРСПЕКТИВИ В КОНТЕКСТІ КОНСТИТУЦІЙНОЇ РЕФОРМИ



Микола КОЗЮБРА,
завідувач кафедри загальнотеоретичних
та державно-правових наук
Національного університету “Кієво-Могилянська академія”,
суддя Конституційного Суду України у відставці

Системи судустрою в різних країнах є доволі різноманітними. Їх моделі залежать від багатьох чинників: належності національної правової системи до тієї чи іншої правової сім’ї, впливу на неї національних традицій, форм державного устрою, міжнародних судових установ, досвіду зарубіжних країн тощо. Найпоширенішими в сучасному світі, в т.ч. в Європі, є трьох- і чотирьохрівневі (ланкові) системи судустрою.

Відповідно до першої з них у системі судів виділяється базовий, основний рівень (у різних країнах він називається по-різному), на якому розглядаються справи по першій інстанції. Суди другого рівня (обласні, окружні тощо) виступають як суди апеляційної інстанції, хоч зазвичай розглядають певні категорії справ по першій інстанції. Суди третього рівня – верховні суди виконують переважно функції касаційної інстанції, проте інколи в певних встановлених законом випадках можуть виступати як суди апеляційної або навіть першої інстанції. Трьохрівневі системи судустрою існують у більшості європейських, зокрема постсоціалістичних і пострадянських держав.

Особливості чотирьохрівневої моделі судової системи полягають здебільшого в доповненні трьохрівневої системи ще одним – первинним рівнем – мировими, дільничними чи іншими за назвою судами, визнанні спеціального “ревізійного” рівня в системі судустрою тощо. Майже в кожній країні ця модель має свої особливості. Найтипівішими представниками вказаної моделі є Франція та Італія. До неї схилилися й деякі пострадянські держави, наприклад, Литва.

В останні півстоліття в континентальній Європі з’явилася низка держав, у системі судустрою яких виокремлюються практично автономні підсистеми – спеціалізовані суди, юрисдикція яких поширюється на всю країну. У результаті система судустрою ускладнюється, що знаходить свій прояв, зокрема, у зростанні у них кількості “вертикальних” рівнів. Типовим представником таких полісистемних систем судустрою є ФРН. Ставлення до них навіть у самих

державах, де вказані системи функціонують (включно з ФРН), є неоднозначним. Поряд з позитивними рисами їм притаманні істотні недоліки. Це вимагає досить зваженого підходу до запозичення подібних систем судустрою.

Українські традиції судустрою історично формувалися на основі трьохрівневої системи судів. Вона фактично закладалася більшістю конституційних проєктів, підготовлених різними політичними і громадськими об’єднаннями та окремими авторами ще на початку ХХ ст., а також Конституцією УНР 1918р., проєктом Конституції ЗУНР 1920р. та іншими конституційними документами того періоду¹. Зберігалася ця традиція, хоч і з певними особливостями, і в радянських конституціях – Конституції (Основному Законі) УРСР 1937р. та Конституції (Основному Законі) УРСР 1978р.

Трьохрівнева система судустрою передбачалася також Концепцією нової Конституції України,

¹ Історія Української Конституції. – “Право”, 1997, с.47-85, 105-113, 165.

схваленою Верховною Радою Української РСР 19 червня 1991р.² Ця система з певними уточненнями знайшла відображення в підготовлених на основі Концепції проектах Конституції України від 1 липня 1992р., 27 травня 1993р., 28 жовтня 1993р., 15 листопада 1995р., який вперше запровадив у конституційну матерію принцип спеціалізації судів; про вищі спеціалізовані суди у проекті не згадувалося³. Проте це дало підстави для виокремлення в системі судустрою за попередньою радянською традицією спеціалізованих арбітражних судів, перейменованих під час т.зв. “малої судової реформи” на початку 2000-х років у господарські.

І лише проект Конституції України від 24 лютого 1996р. зафіксував положення про те, що “вищими судовими органами спеціалізованих судів є вищі суди”⁴. Це положення, сприйняте остаточною редакцією Конституції України 1996р., по суті відкрило шлях до переходу системи судустрою України до полісистемності із створенням відповідних автономних “вертикалей” на чолі з вищими спеціалізованими судами. Оскільки в доопрацюванні проекту Конституції в редакції 1996р. брали участь високопоставлені представники судової влади, зокрема Голова Вищого арбітражного суду, можна припустити, що тут спрацював певний корпоративний інтерес.

Тим не менше, попри ці конституційні новели система судів загальної юрисдикції, навіть після прийняття Конституції, продовжувала діяти за установленими законодавчими правилами, визначеними Законом “Про судустрій” 1981р. Відповідно до них Верховний Суд України здійснював свої повноваження переважно як суд касаційної інстанції, головним чином у цивільних і кримінальних справах. Автономно, як підсистема судів загальної юрисдикції, функціонували арбітражні (пізніше господарські) суди на чолі з Вищим арбітражним (господарським) судом України, який також виконував касаційні функції у господарських справах (з можливістю повторної касації у Верховному Суді України). Причому ця ситуація практично не змінилася навіть після завершення п’ятирічного терміну чинності нової Конституції України, відведеного їй Перехідними положеннями (п.12) для формування системи судів загальної юрисдикції відповідно до ст.125 Конституції.

По суті першим, хоча й не досить послідовним кроком до реформування системи судустрою в Україні став Закон “Про судустрій України” від 7 лютого 2002р., який зокрема, запроваджував у названу систему таку ланку (рівень) як Касаційний Суд України. Це нововведення, на думку як представників вищих рівнів судової влади, так і ряду науковців, мало сприяти дотриманню чотирьохланкової системи судів, аналогічної господарським судам, та зосередженню повноважень Верховного Суду на перегляді справ у порядку повторної касації.

Однак КСУ, який за поданням народних депутатів України розглядав це нововведення на предмет його відповідності Конституції, своїм рішенням від 11 грудня 2003р. цілком слушно визнав його неконституційним, хоча й залишив за межами свого

розгляду питання про відповідність Конституції інституту повторної касації, який на той час фактично вже був легалізований в Україні⁵.

Фактично після згаданого Закону “Про судустрій України” та цього рішення КСУ в системі судустрою України прискореними темпами почали створюватись автономні підсистеми спеціалізованих судів – спочатку адміністративних на чолі з Вищим адміністративним судом України, а згодом – з цивільних і кримінальних справ на чолі з Вищим спеціалізованим судом з аналогічною назвою. Автономні “вертикалі” спеціалізованих судів з завершеним циклом – касаційним розглядом справ відповідних категорій їх вищими судами повністю сформувалися після рішення КСУ у справі за конституційним поданням народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів “найвищий судовий орган”, “вищий судовий орган”, “касаційне оскарження”, які містилися у статтях 125, 129 Конституції до внесення змін до них у червні 2016р.

КСУ вирішив, *по-перше*, що повноваження суду касаційної інстанції стосовно рішень відповідних спеціалізованих судів здійснюють вищі спеціалізовані суди, а, *по-друге*, що конституційний статус Верховного Суду як “найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції” не передбачає наділення його законодавцем повноваженнями суду касаційної інстанції щодо рішень вищих спеціалізованих судів, які реалізують повноваження касаційної інстанції⁶.

Погоджуючись з тим, що т.зв. “повторна” або “подвійна” касація не відповідає європейським стандартам правосуддя, оскільки суперечить принципу правової визначеності, разом з тим не можна не відзначити, що вказане рішення КСУ остаточно підірвало конституційний статус Верховного Суду як “найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції”. Адже за європейською традицією “найвищий судовий орган” – це суд, який розглядає справи в порядку касації, що інколи відображається в самій його назві – Верховний касаційний суд (наприклад, ст.124 Конституції Болгарії).

Наступні закони “Про судустрій і статус суддів” від 2010р. та “Про забезпечення права на справедливий суд” від 2015р. не тільки не внесли ясності у вирішення цієї проблеми, а навпаки – ще більше ускладнили її. Повноваження, залишені за ВСУ усіма законами, стосуються питань переважно специфічного та виняткового характеру, серед яких повноважень, що відповідають його статусу як найвищого судового органу, фактично лише два, до того ж навіть вони не передбачають відповідних засобів і способів їх забезпечення.

Чи не найяскравішим прикладом у цьому плані може служити покладене на Верховний Суд повноваження “забезпечувати єдність судової практики в порядку та спосіб, визначені процесуальним законом” (п.1 ст.38 Закону “Про забезпечення права на справедливий суд”). Адже відповідно до європейських стандартів забезпечувати єдність судової практики Верховний Суд має передусім власними

² Конституція незалежної України. Книга перша. Документи, коментарі, статті. – К., Українська правнича фундація, 1995, с.63-78. М.Козюбра брав безпосередню участь у розробці цієї статті.

³ Конституція незалежної України. Книга друга. Частина перша. Документи. Статті. – К., “Право”, 1997, с.87-98.

⁴ Там само, с.131-132.

⁵ Конституційний суд України. Рішення. Висновки 2002-2003. Книга 4. – К., Юрінком Інтер, 2004, с.529-534.

⁶ Конституційний суд України. Рішення. Висновки 2002-2003. Книга 10. – К., Юрінком Інтер, 2011, с.171-172.



рішеннями по конкретним справам, що розглядаються ним у порядку касації. В умовах, коли Верховний Суд фактично позбавлений повноважень суду касаційної інстанції, покладення на нього повноважень забезпечувати єдність судової практики виглядає декларативним. **Жодні позапроцесуальні повноваження, якими наділений названими законами Верховний Суд, компенсувати фактичну відсутність у нього касаційних повноважень неспроможні.**

У зв'язку з цим цілком логічною та обгрунтованою є позиція Венеціанської комісії, яка міститься в одному з її висновків, про те, що "поки Верховний Суд України не поверне свої загальні повноваження як суд касаційної інстанції, він ... не відновить свою роль" найвищого судового органу в системі загальних судів⁷.

Найпростіший і найефективніший шлях такого відновлення – це **повернення України до трьохрівневої системи судустрою**, яка, як зазначалося, в ній існувала і нині успішно функціонує в багатьох країнах Європи, в т.ч. сусідів. До такої думки схилилися чимало фахівців. Вона тим більше заслуговувала на увагу, якщо врахувати, що мотиви, якими обгрунтовувалося переведення системи судустрою України на рейки "суцільної спеціалізації" і полісистемності – підвищення рівня доступу до суду, професіоналізму суддів, а звідси – більш надійний захист прав і свобод людини, децентралізація судової системи і обумовлене нею посилення незалежності суддів і судів – не спрацювали. Доступ до правосуддя не тільки не спростився, але й ускладнився. Рішення судів не стали професійнішими, монополізація судової системи завдяки кадровій політиці та використанню адміністративних важелів стала ще вищою, а незалежність судів і суддів, яка ніколи не була близькою до європейських стандартів, за останнє десятиріччя віддалялася від них ще більше. "Вибіркове правосуддя", яке стало *"притчею во язицях"* як всередині країни, так і за її межами, масштабна корупція та надмірне (за європейськими мірками) падіння довіри до суду (за даними численних соціологічних опитувань, рівень такої довіри є одним з найнижчих серед інститутів влади – що судовій владі в Європі загалом не притаманне) – переконливі тому підтвердження.

Ставало дедалі очевиднішим, що декоративно-косметичним ремонтом вітчизняної системи правосуддя шляхом внесення змін до Закону "Про судустрій і статус суддів" чи навіть ухвалення подібного закону в оновленій редакції під благозвучною назвою "Про забезпечення права на справедливий суд" накопичених останнім десятиріччям проблем не здолати. Для їх вирішення потрібна повномасштабна судова реформа, яка своєю чергою неможлива без внесення змін до Конституції України. Як виявилось, її окремі положення не сприяють (принаймні в нинішніх українських реаліях) не лише неупередженому, вільному від політичного впливу формуванню професійного та доброчесного суддівського корпусу, але й спрощенню системи судустрою, позбавленню її, за висловом Венеціанської комісії, "зайвої бюрократії та адміністративного тягаря"⁸.

Відверто кажучи, нині не найкращий час для внесення змін до Конституції. І не лише тому, що Україна перебуває в умовах, хоч й офіційно не оголошеного, але фактичного воєнного стану, під час якого відповідно до ч.2 ст.157 Конституції вона не може бути змінена, на чому наголошують чимало політиків, політологів та правників. Конституція – це, як відомо, своєрідний суспільний договір, результат досягнення якщо й не повного суспільного консенсусу, то принаймні компромісу між провідними політичними силами, громадянським суспільством і владою з найважливіших питань конституційного регулювання. Сьогодні в Україні підґрунтя для такого компромісу немає. Жорстке політичне протистояння як у Верховній Раді, на яку в кінцевому підсумку покладене ухвалення змін до Конституції, так і в суспільстві загалом, викликане економічною нестабільністю і соціальним зубожінням більшості населення, політичний вплив зовнішнього чинника (не тільки російського) на конституційний процес та деякі інші обставини не сприяють досягненню вказаного компромісу. Ламання ж Парламенту, як прийнято говорити, "через коліно" – не найліпший спосіб "проштовхування" навіть прогресивних конституційних змін. **Адже принципи верховенства права і правової держави не можуть утверджуватися антиправовими методами.**

На жаль, прийняття напрацьованого Конституційною Комісією при Президенті України проекту Закону "Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)" та Закону "Про судустрій і статус суддів" (який за процедурою мав би ухвалюватися після внесення змін до Конституції, а не до них, як це відбувалося) 2 червня 2016р. вкотре продемонстрували головну причину наших юридичних негараздів – перевагу політичної доцільності над вимогами Конституції і верховенства права. Відверте ігнорування встановленої Конституцією і Законом "Про регламент Верховної Ради України" процедури стало чи не найпримітнішою рисою сучасного стану вітчизняного парламентаризму, наслідки чого неминуче позначатимуться в майбутньому на легітимності внесених змін. Утім, поєднання конституційного ідеалізму (тобто надто завищених очікувань від конституційних змін) та конституційного нігілізму – це дві сторони однієї медалі – браку політичної і правової культури, особливо серед представників верхніх ешелонів влади.

Отже, оцінюючи **конституційні зміни загалом**, слід відзначити, що вони містять низку положень, які **за умов послідовної імплементації в Закон "Про судустрій і статус суддів" і процесуальні кодекси та неухильного виконання здатні сприяти становленню незалежного, справедливого та доброчесного правосуддя** відповідно до європейських цінностей і стандартів.

До таких положень необхідно насамперед віднести:

- удосконалення порядку призначення суддів, зокрема: відмову від випробувального терміну – першого призначення на посаду судді строком на п'ять років Президентом; запровадження конкурсу для кандидатів на посаду судді; вилучення з процедури призначення (обрання) суддів

⁷ Спільний експертний висновок щодо проекту Закону України "Про внесення змін до Закону "Про судустрій і статус суддів України та інших законодавчих актів України", підготовлений Венеціанською комісією і Директоратом з питань правосуддя та людської гідності Генерального Директорату з прав людини та правових питань Ради Європи. Страсбург, 18 жовтня 2011р. Висновок №639/2011 CDL-AD (2010) 003 Dr Engt.

⁸ Спільний експертний висновок щодо проекту Закону України "Про судустрій і статус суддів". Страсбург, 18 березня 2010р. CDL-AD (2010) 003 Dr Engt.

політичного органу – Верховної Ради; зміщення центру добору і призначення суддів з політичних органів до органу суддівського співтовариства – Вищої ради правосуддя тощо;

- приведення у відповідність до європейських стандартів порядку формування, складу та повноважень Вищої ради правосуддя, зокрема: переважання в її складі представників суддівського корпусу, що має сприяти більшому професіоналізму цього органу, на що неодноразово звертала увагу Венеціанська комісія; вдосконалення повноважень Вищої ради правосуддя, особливо тих, що стосуються призначення суддів, їх переведення з одного суду до іншого (в т.ч. в порядку кар'єрного росту), звільнення суддів тощо;
- встановлення низки антикорупційних запобіжників аж до звільнення суддів, які не можуть підтвердити законність джерела походження своїх статків.

Усі ці та інші новації Закону України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”⁹ безперечно слід розцінювати (винятково за умови їх неухильного виконання) як вагомий крок на шляху деполітизації суддівського корпусу, підвищення рівня його професіоналізму та доброчесності та утвердження незалежності суддів і суду.

Складнішою є ситуація з положеннями названого конституційного закону, які стосуються системи судуоустрою (ст.125).

Усупереч європейській практиці та рекомендаціям Венеціанської комісії система судуоустрою, відповідно до ст.125 Закону “Про внесення змін до Конституції...”, визначається не Конституцією, а законом.

Ще на етапі підготовки законопроекту про внесення змін до Конституції України, ми з деякими іншими членами Конституційної Комісії висловлювалися про те, що віднесення регулювання питань судуоустрою до закону створює загрозу консервації існуючої складної і не завжди зрозумілої не тільки для простих громадян, але й для професійних правників системи судуоустрою. На жаль, як свідчить аналіз оновленого Закону України “Про судуоустрій і статус суддів”, ці непочуті свого часу прогнози підтверджуються.

Відповідно до п.3 ст.17 глави 1 “Організаційні основи судуоустрою” розділу II “Судуоустрій” названого закону систему судуоустрою складають:

- місцеві суди;
- апеляційні суди;
- Верховний Суд.

На перший погляд здавалося б, що ця система означає повернення до трьохрівневої моделі судуоустрою на чолі з Верховним Судом як “найвищим судом у системі судуоустрою” (ч.3 ст.125 Закону “Про внесення змін до Конституції...”), п.2 ст.17 Закону “Про судуоустрій...”), що, зважаючи на викладене раніше, слід було б вітати. Однак наступний зміст розділу “Судуоустрій” зазначеного закону засвідчує, що такий висновок є явно передчасним.

Закон містить низку суперечностей, невизначеностей, а часом і просто юридично дивних конструкцій, які зводять нанівець задекларовані запевнення його авторів про нібито закріплення у ньому трьохрівневої системи судуоустрою.

Так, згідно з п.3 ст.17 Закону “в системі судуоустрою діють вищі спеціалізовані суди”, правова природа і статус яких навіть з урахуванням змісту глави 4 розділу “Судуоустрій” залишаються незрозумілими, крім хіба що визначення категорії справ, що ними розглядатимуться – Вищий суд з питань інтелектуальної власності та Вищий антикорупційний суд. Відповідно до п.1 ст.31 Закону “Про судуоустрій...” під час розгляду справ цих категорій названі суди діють як суди першої інстанції. У зв'язку з такими формулюваннями Закону виникає безліч логічних запитань: яка потреба у створенні вказаних спеціалізованих судів, зокрема т.зв. патентного суду, зважаючи на те, що кількість справ цієї категорії є не такою вже й значною і їх цілком доступно розглядати в межах визначеної трьохрівневої системи судуоустрою (з можливою спеціалізацією суддів); якщо вказані суди – це суди першої інстанції, то чому вони “вищі”; якими є їх відносини (зважаючи на закріплення у п.1 ст.17 Закону принципу інстанційності) з апеляційними судами та Верховним Судом тощо. Невизначеність закону з цих питань неминуче призводить, як вірно відзначається у Висновку Верховного Суду України на проект Закону України “Про судуоустрій і статус суддів” (реєстр. №4734 від 30 травня 2016р.), до внутрішніх протиріч у судовій системі, ускладнюватиме забезпечення єдності судової практики та організаційної єдності системи судуоустрою в цілому. Аналіз структури та повноважень Верховного Суду за цим законом дедалі більше переконує у спробі законсервувати існуючу систему судуоустрою.

Відповідно до його ст.37 структуру Верховного Суду складають:

- Велика палата Верховного суду;
- Касаційний адміністративний суд;
- Касаційний господарський суд;
- Касаційний кримінальний суд;
- Касаційний цивільний суд.

У сучасній європейській (і не тільки) практиці не відомі випадки, коли до складу Верховного Суду, який, як зазначалося, сам є касаційним судом (і саме в цьому полягає його статус найвищого суду в системі судуоустрою), належали б, як фактично автономні підсистеми, касаційні спеціалізовані суди. Це українське ноу-хау.

Про автономність спеціалізованих судів, причому не лише вищих (касаційних), але й нижчих рівнів, свідчить чимало положень закону: збереження існуючої “вертикалі” спеціалізованих судів – місцевих (п.1, 2, 3 ст.21), апеляційних (п.1, 2, 3 ст.26), касаційних (ст.37, 44); наявність у голів спеціалізованих судів усіх рівнів представницьких повноважень у відносинах з органами державної влади, місцевого самоврядування, фізичними та юридичними особами (підпункт 1 п.1 ст.24, підпункт 1 п.1 ст.29, підпункт 1 п.6 ст.42); здійснення ними організаційного

⁹ Докладно про них йдеться в Аналітичній доповіді “Конституційний процес: поточний результат, ризики і перспективи”, вміщеній у цьому журналі.



забезпечення діяльності відповідного суду (підпункти 3-9 п.1 ст.24, підпункти 3-9 п.1 ст.29, підпункти 3-9 п.6 ст.42) тощо.

Повноваження Верховного Суду за Законом фактично обмежуються повноваженнями Великої палати Верховного Суду, окресленими в загальних рисах. Серед цих повноважень, як і в попередніх законах “Про судоустрій і статус суддів” та “Про забезпечення права на справедливий суд”, переважають повноваження позапроцесуального характеру (аж до надання висновків щодо проектів законодавчих актів, пов’язаних із функціонуванням системи судоустрою), які не мають прямого стосунку до статусу Верховного Суду як “найвищого суду”.

Отже, зміни до Конституції щодо правосуддя, навіть у тому недосконалому вигляді, ухвалені Верховною Радою 2 червня ц.р., відкривають можливості до справжнього, а не імітованого реформування системи судоустрою.

Найоптимальнішим варіантом її побудови мало б стати, як це пропонувалося свого часу групою експертів, виокремлення в цій системі двох відносно автономних трьохрівневих підсистем – загальних судів, які розглядали б цивільні (включно з господарськими) та кримінальні справи, вищою касаційною інстанцією в якій був би Верховний Суд з відповідними палатами у його структурі, та адміністративних судів, касаційною інстанцією в яких виступав би Вищий адміністративний суд. Саме для цього, а не для назви згадуваних патентного та антикорупційного судів, мало б бути використане в Законі “Про внесення змін до Конституції...” положення щодо можливості створення вищих спеціалізованих судів (ч.4 ст.125).

Хоча питання про місце адміністративних судів у системі судоустрою різних країн продовжує вирішуватися по-різному (варіант належності їх до єдиної системи судів, у яких найвищим судом є Верховний Суд, залишається порівняно поширеним), проте тенденція до відокремлення адміністративної юстиції від загальних судів у країнах континентальної Європи, зокрема й в постсоціалістичних, стає дедалі помітнішою. Принаймні, логічним наслідком побудови судоустрою усіх країн, у конституціях яких згадуються адміністративні суди та їх особливості, стало виокремлення цих судів у відносно автономну “вертикаль” системи судоустрою. Після ухвалення Закону “Про внесення змін до Конституції...” подібне положення матиме місце також в українській Конституції, що безперечно слід віднести до позитивних рис цього закону.

Очевидно, враховуючи ці тенденції, Венеціанська комісія “наполегливо рекомендувала” під час внесення змін до Конституції України виокремити адміністративні суди в автономну підсистему системи судоустрою, скасувавши всі інші вищі спеціалізовані суди¹⁰. Однак до цієї рекомендації авторитетної європейської інституції Конституційна Комісія та автори Закону “Про судоустрій і статус суддів”, на жаль, не дослухалися. Попри відсутність особливих ілюзій щодо швидких змін в означеному

напрямі, все ж варто навести додаткові аргументи на користь автономізації адміністративної юстиції в системі судоустрою України.

По-перше, адміністративна юстиція – це особлива юстиція. Вона є не просто важливим інструментом забезпечення прав і свобод людини (ця функція притаманна, як відомо, всім судам), а інститутом, що забезпечує захист прав і свобод людини від посягань з боку публічної влади, а нерідко і від відвертого владного свавілля. Звідси випливає, що адміністративна юстиція є одним з вирішальних засобів утвердження в країні принципів правової держави і верховенства права. Без її ефективного функціонування, як свідчить історія, ці принципи, навіть будучи закріпленими в конституції, залишатимуться декларацією. Отже **створення відносно автономної підсистеми адміністративної юстиції в системі судоустрою** – це не данина сумнівній радянській традиції (якою є виокремлення фактично незалежної системи спочатку арбітражних, а потім господарських судів), а тим більше – не задоволення чийось особистих амбіцій, а **об’єктивна необхідність для будь-якої держави, яка намагається сповідувати європейські цінності**.

По-друге, особливості завдань і функцій адміністративної юстиції, своєю чергою, обумовлюють специфіку адміністративного судочинства – інституту доказування в адміністративному суді (зокрема, тягара доказування), принципів адміністративного судочинства (поєднання принципу змагальності з пошуковим, дослідницьким принципом, суттєві особливості принципу диспозитивності тощо), судової аргументації ухвалюваних рішень (переваження в ній раціональних моментів і логічних побудов, властивих науці, мінімізація впливу психологічних факторів і прийомів ораторського мистецтва тощо). Ці особливості, як свідчить зарубіжний досвід, можуть тягти за собою певні відмінності в кваліфікаційних вимогах до суддів адміністративних судів, процедурі відбору кандидатів у судді та ін., що впливає із ст.127 Закону “Про внесення змін до Конституції...”.

По-третє, забезпечення єдності судової практики між загальними та адміністративними судами (відповідними видами юрисдикції) могло б здійснюватися на спільних засіданнях Верховного Суду та Вищого адміністративного суду або за допомогою інших спільно створених ними інституцій в порядку, визначеному законом. Зарубіжний досвід у цьому плані існує.

Нарешті, *по-четверте*, перехід до трьохрівневої моделі судоустрою з відносно автономними підсистемами загальних і адміністративних судів зовсім не означає відмову від конституційного принципу спеціалізації, яка може здійснюватися в різних формах. Найпоширенішою з них залишається спеціалізація суддів, а не судів у межах відповідних підсистем. Не виключається також використання форми спеціалізованих судів, проте вони мають створюватися лише на рівні судів першої інстанції (така практика в Європі існує) і не заради задоволення корпоративних чи особистих інтересів, як це, на жаль, у нас часто бувало.

Саме в цьому напрямі необхідно, очевидно, продовжити роботу над удосконаленням Закону України “Про судоустрій і статус суддів”. ■

¹⁰ Висновок стосовно запропонованих змін до Конституції України, що стосуються судової системи, схвалених Конституційною Комісією 4 вересня 2015р. Прийнятий Венеціанською комісією на 104 Пленарній сесії. Венеція, 23-24 жовтня 2015р.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ЗДОРОВ'Я



Тимур КОРОТКИЙ,
професор кафедри
міжнародного права та
міжнародних відносин
Національного університету
"Одеська юридична академія"



Наталія ХЕНДЕЛЬ,
доцент кафедри
міжнародного права та
міжнародних відносин
Національного університету
"Одеська юридична академія"

Аналіз природних прав людини приводить до уявлення про ці права як похідні від людської природи, які належать людині за її сутністю внаслідок того, що вона наділена суто людськими якостями та ознаками роду людського. Характеристикою природних прав є те, що вони є природжені, невідчужувані, універсальні, походять від концепції зв'язку між природою людини та її правами, які необхідні їй для оптимального функціонування та реалізації похідних прав.

На сучасному етапі розвитку людства природні права людини стали невід'ємною складовою системи права держав завдяки конституційній регламентації та визнання їх та похідних прав у міжнародному праві, закріплення у інтеграційному, наднаціональному праві (праві ЄС). Права людини є спільним надбанням людства, хоч і постійним об'єктом суперечок з питань їх конкретизації і засобів реалізації, форм охорони та захисту через національні та міжнародні механізми.

Право на здоров'я має подвійну природу та ставлення до нього зазнало певної еволюції. Право на здоров'я належить до категорії найважливіших загальноновизнаних прав людини і найбільш часто розглядається як складова частина економічних і соціальних прав, однак на доктринальному рівні право на здоров'я досліджувалося та розроблялося як складова природних прав людини¹ (прав людини першого покоління)². Для будь-якого суспільства здоров'я громадянина виступає як одна з характеристик розвиненості та демократичності держави, її реальних можливостей визнавати, зберігати і захищати цю загальнолюдську цінність.

Як справедливо зазначають О.Александрова та ін., життя людини та її здоров'я – вищі цінності для

суспільства, врахуванням яких повинні визначатися всі інші цінності й блага³. С.Нейман, обґрунтовуючи право людини на здоров'я через право на власність, акцентував, що здоров'я є найважливішим благом для людини будь-якого соціального стану⁴. Представник української правової школи І.Сенюта акцентує, що велике значення здоров'я як вищого і природного блага зумовлює необхідність його охорони і захисту, в т.ч. міжнародно-правового⁵.

Однак, слід констатувати неефективність реалізації права на здоров'я на внутрішньодержавному рівні в цілому, про що свідчать статистичні дані щорічних доповідей ВООЗ⁶. Природно, здоров'я людей, які живуть у різних державах, розрізняється, що залежить від багатьох факторів – стану національних

¹ Гладун З. Право на здоров'я (політико-правові аспекти). – Український часопис прав людини, 1996р., №1, с.7.; Стефанчук Р. Право на здоров'я як особисте немайнове право фізичних осіб. – Вісник Хмельницького інституту регіонального управління і права, 2003р., №2 (6), с.40-45.

² Брижит Тобес. Право на здоров'я: теорія і практика. – http://krotov.info/lib_sec/19_t/tob/es_01.htm

³ Герасименко Н., Александрова О., Григорьев И. Законодательство в сфере охраны здоровья граждан (под общ. ред. В.И.Стародубова), М.: МЦФЭР, 2005, с.91.

⁴ Neumann S. Die öffentliche Gesundheitspflege und das Eigentum. – Berlin: Adolf Riek, 1847, p.68.

⁵ Сенюта І. Медичне право: право людини на охорону здоров'я: Монографія. – Львів: Астролія, 2007, с.20.

⁶ Доклади ВООЗ: О состоянии здравоохранения в мире, 2002г. Уменьшение риска содействие здоровому образу жизни. – <http://www.un.org/ru/development/surveys/docs/whr2002.pdf>; О состоянии здравоохранения в мире, 2003г. Формирование будущего. – <http://www.un.org/ru/development/surveys/docs/whr2003.pdf>; О состоянии здравоохранения в мире, 2004г. Изменить ход истории. – http://www.un.org/russian/aids/who04/who_report04.htm; О состоянии здравоохранения в мире, 2005г. Не оставим без внимания каждую мать, каждого ребенка. – <http://www.un.org/ru/development/surveys/docs/whr2005.pdf>; О состоянии здравоохранения в мире, 2006г. Совместная работа на благо здоровья. – <http://www.un.org/ru/development/surveys/docs/whr2006.pdf>; О состоянии здравоохранения в мире, 2007г. Более безопасное будущее. Глобальная безопасность в области общественного здравоохранения в XXI веке. – http://www.who.int/whr2007/whr07_ru.pdf; О состоянии здравоохранения в мире, 2008г. Первичная медико-санитарная помощь сегодня актуальнее чем когда-либо. – <http://www.un.org/ru/development/surveys/docs/whr2008.pdf>; Программа борьбы с ВИЧ/СПИДом: Основные достижения за 2008-2009гг. – <http://www.who.int/hiv/pub/9789241599450/ru/index.html>; О глобальной табачной эпидемии, 2009г. Создание среды, свободной от табачного дыма. – http://whqlibdoc.who.int/publications/2010/9789244563915_rus.pdf; О состоянии здравоохранения в мире, 2010г. Финансирование систем здравоохранения. Путь к всеобщему охвату населения медико-санитарной помощью. – <http://www.un.org/ru/development/surveys/docs/whr2010.pdf>; GLOBAL HIV/AIDS RESPONSE. Epidemic update and health sector progress towards Universal Access (Доклад о глобальных ответных мерах на ВИЧ/СПИД), 2011г. – http://www.who.int/hiv/pub/progress_report2011/hiv_full_report_2011.pdf; О глобальной борьбе с туберкулезом, 2012г. – http://www.who.int/tb/publications/global_report/tbtr12_execsummary_ru.pdf; О состоянии здравоохранения в Европе, 2009г. Здоровье и системы здравоохранения. – http://www.euro.who.int/_data/assets/pdf_file/0006/117186/E93103R.pdf.



систем охорони здоров'я, економічного, соціального, екологічного благополуччя та ін., але така різниця часто спостерігається і в межах держави, що спричиняє різні обсяги реалізації права на здоров'я громадян.

Важливим є визначення універсального змісту права на здоров'я, для чого доцільно звернутися до положень міжнародного права, яке виражає загальну волю держав.

Щоб визначити право на здоров'я, треба розкрити дефініцію здоров'я відповідно до Статуту ВООЗ: "Здоров'я – це благо, притому благо комплексне; елементи здоров'я перебувають у сфері відсутності хвороб і фізичних дефектів, у фізичній, душевній та соціальній сферах".

Право на здоров'я як невід'ємне право людини своїм закріпленням пов'язано з громадським рухом за здоров'я в XIX ст. Наприклад, у Німеччині з 1820р. по 1850-і роки існував рух за здоров'я, представники якого обґрунтовували відповідальність держави як за здоров'я населення в цілому, так і за поліпшення якості медичного обслуговування для бідних верств населення⁷. У результаті в XIX ст. відбулося закріплення відповідальності держави за здоров'я населення і були прийняті перші внутрішньодержавні закони про охорону здоров'я⁸. Далі, у XX ст. відбувається визнання здоров'я як права людини в міжнародному праві, яке забезпечується завдяки ефективному функціонуванню національної системи охорони здоров'я. Охорона здоров'я, як вважає А.Беляков, це один із засобів, доступних державі для виконання її обов'язку забезпечити одне з основних прав людини – право на здоров'я. Його генезис значною мірою пов'язаний зі становленням громадської системи охорони здоров'я в європейських державах.

Наступним етапом стало закріплення цього права на універсальному рівні шляхом прийняття міжнародних договорів, які створили матеріальне право на охорону здоров'я. Визнання права на здоров'я як одного із соціально-економічних прав людини на універсальному рівні вперше знайшло закріплення на конференції ООН, що відбулася в Сан-Франциско 1945р. На цій конференції бразильська делегація подала Меморандум, у якому наводилася цитата архієпископа Нью-Йоркського Спеллмана про те, що медицина є однією з опір світу, що привело до прийняття Декларації про заснування ВООЗ. Результатом Меморандуму стало закріплення у ст.55 Статуту ООН тези про те, що для створення умов стабільності й благополуччя, необхідних для мирних

і дружніх відносин між націями, також необхідно вирішення міжнародних проблем у сфері охорони здоров'я.

Далі право на найвищий досяжний рівень здоров'я ("право на здоров'я", *"the right to health"*⁹, *"droit a la santé"*) було закріплено у Статуті ВООЗ 1946р., де зазначається, що "здоров'я є станом повного фізичного, душевного та соціального благополуччя, а не тільки відсутністю хвороб чи фізичних дефектів". Також у преамбулі зазначено, що "володіння найвищим досяжним рівнем здоров'я є одним з основних прав кожної людини незалежно від раси, релігії, політичних переконань, економічного чи соціального становища".

У 1958-1968рр. у діяльності ВООЗ окреслився підхід до охорони здоров'я як до права людини. Так, тогочасний Генеральний директор ВООЗ М.Кандо зазначив: "Люди починають висувати вимоги щодо охорони здоров'я і розглядають його як своє законне право"¹⁰.

Наступним кроком деталізації права на здоров'я стало прийняття Алма-Атинської декларації 1978р. та Всесвітньої декларації з охорони здоров'я, затвердженої Всесвітньою асамблеєю охорони здоров'я 1998р. Право на здоров'я було закріплено також у низці міжнародних і регіональних документів з прав людини.

Усі держави-учасниці ВООЗ, ратифікувавши Статут ВООЗ, взяли на себе зобов'язання щодо забезпечення та гарантування права на здоров'я, таким чином визнавши його універсальний характер. У позитивному міжнародному праві вперше знайшла відображення концепція права людини на здоров'я. Треба зауважити, що національні стандарти охорони здоров'я можуть суттєво відрізнятися від економічного, соціального, демократичного рівня держави, саме з цієї причини ВООЗ приймає низку рекомендацій, які встановлюють мінімальні вимоги щодо сфер охорони здоров'я.

Таким чином, головне значення визначення **права на здоров'я** у Статуті ВООЗ полягає в тому, що воно **стало предметом захисту та регулювання міжнародного права**, ставши, тим самим, відправною точкою для подальшої розробки та конкретизації даного права в інших міжнародних і національних документах.

У Загальній декларації прав людини 1948р. йдеться про здоров'я як складову права на задовільний рівень життя: кожна людина має право на такий життєвий рівень (включно з їжею, одягом, житлом,

⁷ Брижит Тобес. Право на здоров'я: теорія і практика.

⁸ Наприклад, у Російській Імперії була створена медична поліція, яка була прообразом сучасної санепідслужби, з'явилася медичне законодавство: "Про збереження вулиць у чистоті для попередження заразливих хвороб" (1737р.), "При ввезенні в Росію шовку та вовни з Константинополя витримувати карантин" (1762р.); аналогічні медичні поліції були створені в багатьох європейських державах. Заслугує уваги й перше законодавче регулювання аптечної справи, а саме "Про митний огляд припасів, привезених для Аптекарського наказу" (1689р.); Морський Статут (1720р.), в якому є розділ "Про утримання хворих", особлива увага приділяється організації санітарно-епідеміологічних заходів термінової евакуації з суден інфекційних хворих.

⁹ Саме такий термін міститься у Статуті ВООЗ та інших міжнародно-правових документах, використовується на міжнародному рівні. Він допомагає усвідомити, що йдеться не тільки про охорону здоров'я, але й про право на ряд умов, без яких реалізація здоров'я неможлива, а саме: доступ до чистої питної води, здорове екологічне середовище та ін.

¹⁰ Беляков А. Всемирная организация здравоохранения как центральный орган обеспечения права человека на здоровье. – Российская юстиция, 2009г., №8, с.19.

медичним доглядом і необхідним соціальним обслуговуванням), який є необхідним для підтримки здоров'я і добробуту її самої та її сім'ї (ст.25). Отже, право на здоров'я в Загальній декларації прав людини було поставлено в один ряд з іншими соціальними правами людини як елемент широкого права на задовільний рівень життя, необхідний для підтримання здоров'я і добробуту людини та її сім'ї. Але під час розробки проекту Декларації розглядалася й інша редакція, яка передбачала закріплення права на здоров'я в окремій ст.33: "Доступність найвищих досяжних стандартів охорони здоров'я є невід'ємним правом кожної людини незалежно від її матеріального чи соціального стану в суспільстві. Відповідальність держави і суспільства за здоров'я громадян має забезпечуватися шляхом вжиття відповідних заходів у медичній і соціальній сферах", що дозволило більш детально відобразити місце права на здоров'я в каталозі прав людини як категорії природних прав людини. Безперечно, цікавим є той факт, що представник СРСР висловився проти прийняття надмірно невизначеного "абстрактного" права на здоров'я, наполягаючи на закріпленні більш конкретного формулювання "право на медичну допомогу", а представник Франції запропонував додати до цього списку задовільні житлові умови, харчування та медичну допомогу.

Загальна декларація прав людини не має обов'язкової юридичної сили, але її положення вже давно діють як норми звичаєвого міжнародного права, які мають загальнообов'язковий характер, що не раз знаходило підтвердження в рішеннях Міжнародного Суду ООН¹¹.

Найбільш точна інтерпретація права на здоров'я міститься в Міжнародному пакті про економічні, соціальні і культурні права 1966р. (Пакт). Саме положення ст.12 припинили дебати щодо причин і наслідків відсутності в тексті Загальної декларації прав людини прямого закріплення права на здоров'я. У ст.12 зазначається, що держави, які беруть участь у даному Пакті, визнають право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного та психічного здоров'я. У цій статті також зазначено перелік заходів, що їх повинні вжити держави для реалізації цього права:

- забезпечити скорочення мертвонароджуваності й дитячої смертності та здоровий розвиток дитини;
- забезпечити поліпшення всіх аспектів гігієни зовнішнього середовища та гігієни праці в промисловості;
- забезпечити попередження і лікування епідемічних, ендемічних, професійних та інших хвороб і боротьбу з ними;
- створити умови, за яких усім забезпечувалася б медична допомога та медичний догляд у разі хвороби.

Положення статті про право на здоров'я має розумітися як право користування за необхідності різними службами, благами, послугами та умовами, потрібними для реалізації найвищого досяжного рівня здоров'я.

Також ст.12 Пакту демонструє розуміння права на здоров'я як і інших соціально-економічних прав, насамперед, як комплексного права та вдало корелює з визначенням у Статуті ВООЗ. Зі змісту статті вбачається спроба виявити індикатори здоров'я в суспільстві (рівень мертвонароджуваності, дитячої смертності), визначити групи підвищеного ризику (немовлята, діти). Формулювання Пакту охоплює як традиційні підходи до концепції громадської охорони здоров'я (підпункти *b* і *c*), так і особливо наголошується на необхідності медичної допомоги та догляду. Таким чином, перелік заходів, про які йдеться в ч.2 ст.12 Пакту, відображає прагнення тлумачити термін "здоров'я" в широкому сенсі, що охоплює довкілля, охорону здоров'я та проблеми профзахворювань та ін. Також статті Пакту передбачають право спеціалізованих установ ООН брати участь у контролі за процесом імплементації його положень (ст.ст. 16, 17, 18, 20, 21, 22).

На сьогодні ще не всі держави стали учасниками Пакту¹², проте вони визнають зміст і обов'язковість права на здоров'я, що виражається у внесенні відповідних положень до конституцій та законодавств, а також в участі в діяльності та програмах міжнародних організацій, які реалізують забезпечення права на здоров'я на міжнародному рівні. Тому можна стверджувати, що триває звичаєво-правовий розвиток права на здоров'я, яке стало загальновизнаним.

Право на здоров'я охоплює також поняття "зміцнення здоров'я" відповідно до Оттавської хартії зміцнення здоров'я 1986р., де цей термін розглядається як справедливість і рівноправ'я у сфері здоров'я. З позицій держави, відповідно до Оттавської хартії зміцнення здоров'я, в основі зміцнення здоров'я лежить добробут громадян і здоровий спосіб життя.

За період, що минув з моменту проголошення права людини на здоров'я у Статуті ВООЗ, Загальній декларації прав людини, Пакту 1966р., сукупність норм, які конкретизують право на здоров'я, еволюціонувала та набула певної внутрішньої структури та ієрархії. Положення міжнародних актів регулюють різні питання у сфері здоров'я – від профілактики та запобігання епідеміям і пандеміям, боротьби з тютюновою епідемією до етичних проблем, пов'язаних із втручанням медицини в життя людини (біомедичні права людини).

Але також зустрічаються й інші підходи до права на здоров'я, а саме "право на охорону здоров'я"¹³, "права людини у сфері охорони здоров'я", "соціальні права у сфері охорони здоров'я"¹⁴, "індивідуальні права у сфері охорони здоров'я"¹⁵.

¹¹ Міжнародний Суд заявив, що Декларація – це акт автентичного тлумачення і застосування Статуту ООН і повинна розглядатися як невід'ємне продовження Статуту. *Western Sahara. Advisory Opinion.* – ICJ Reports, 1975, www.icj-cij.org/docket/index.php?sum=323&code=sa&p1=3&p2=4&case=61&k=69&p3=5.

¹² Не є учасниками Пакту КНР, Індонезія, Саудівська Аравія; підписали, але не ратифікували: США, Куба, ПАР, Сан-Томе і Принсіпі, Республіка Палау, Союз Коморських Островів, Беліз.

¹³ Див.: пункт *e* ч.4 ст.5 Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965р.; ст.11 Європейської соціальної хартії (переглянутої) 1996р.

¹⁴ Декларація о політике в области обеспечения прав пациента в Европе 1994р. – <http://www.privatmed.in.ua/viewtopic.php?t=93&sid=91b775c1aa086af8e45e8f94660f3052>.

¹⁵ Там само.

Під “правом на охорону здоров'я” розуміється право на доступ до різних закладів, товарів і послуг, а також на умови, необхідні для реалізації найвищого досяжного рівня здоров'я¹⁶. І.Сенюта зазначає, що право людини на охорону здоров'я є одним з визначальних серед природних, невід'ємних, невідчужуваних і непорушних прав людини, яке гарантується кожній людині як члену громадянського суспільства невтручанням держави у сферу її особистого та сімейного життя, захистом її життя і здоров'я, особистою недоторканістю й безпекою¹⁷. Така дефініція вказує на комплексний характер права на здоров'я. На нашу думку, такий підхід є невинуватним розширенням змісту права на здоров'я, об'єднуючи його з іншими природними, невід'ємними, невідчужуваними правами людини, зокрема правом на життя та повагою до особистого та сімейного життя. Ці категорії прав людини мають самостійний характер, хоч і взаємопов'язані між собою, тому підтвердженням є практика Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ).

Існує й інший погляд на “права людини у сфері охорони здоров'я”, відповідно до якого до прав людини у сфері охорони здоров'я включають весь спектр прав, які стосуються сфери охорони здоров'я, визнаних міжнародним правом і доповнених засадами біоетики¹⁸. Цей підхід спрямований на всебічне охоплення різних компонентів права на здоров'я, пов'язаних з різними сферами охорони здоров'я: від вимог до національних систем охорони здоров'я щодо надання медичної допомоги до закріплення біомедичних прав людини, прав пацієнтів, права на паліативну допомогу.

У Декларації про політику у сфері дотримання прав пацієнта в Європі 1994р. зазначено, що “соціальні права у сфері охорони здоров'я” – це категорія прав, які є надбанням усього суспільства, що належать до взятих на себе державою, державними або приватними структурами соціальних зобов'язань надати належне медичне обслуговування, вони стосуються однакової доступності медичного обслуговування для всього населення держави чи іншої геополітичної території, а також усунення необґрунтованих дискримінаційних бар'єрів – фінансових, географічних, культурних, соціальних або психологічних¹⁹. Таким чином, основний акцент зроблено на соціальній природі права на здоров'я. Окремо виділяють та протиставляються “соціальним правам у сфері охорони



здоров'я” “індивідуальні права у сфері охорони здоров'я” як право на цілісність особистості, на невтручання в особисте життя, на конфіденційність і релігійні переконання²⁰. Таке протиставлення відбиває існування двох режимів права на здоров'я, а саме колективного та індивідуального.

Право на здоров'я та права людини, пов'язані зі здоров'ям, були включені до різних універсальних і регіональних договорів. Під час міжнародних конференцій ООН та конференцій спеціалізованих міжнародних інституцій держави взяли на себе далекосяжні міжнародно-правові зобов'язання щодо забезпечення права на здоров'я, як загального характеру, так і орієнтовані на конкретні групи населення, які часто піддаються дискримінації, у тому числі жінки, діти, мігранти, особи, які живуть із ВІЛ/СНІДом. Ця тенденція була підтримана і на регіональному рівні.

Право на здоров'я гарантується також міжнародними документами, які присвячені захисту прав окремих категорій осіб: расові та етнічні групи²¹, жінки²², діти²³, працівники-мігранти²⁴, особи з різними формами інвалідності²⁵, біженці²⁶.

У ст.24 Конвенції про права дитини 1989р. йдеться про доступ до служб охорони здоров'я, які описуються як “засоби лікування хвороб і відновлення здоров'я”. Конвенція становить особливий інтерес, оскільки містить детальний перелік заходів, необхідних для реалізації права дитини на здоров'я, конкретизуючи обов'язки держав у цій сфері (ст.24).

Необхідно також звернути увагу на регіональний договір у сфері захисту прав дитини – Африканську Хартію прав і соціального благополуччя дитини

¹⁶ Подборка замечаний общего порядка и общих рекомендаций, принятых договорными органами по правам человека. – Международные договоры по правам человека, том 1, от 4 июля 2000г., http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_ru.pdf.

¹⁷ Сенюта І. Медичне право: право людини на охорону здоров'я: Монографія. – Львів: Астролія, 2007, с.19.

¹⁸ Міжнародний глосарій. – <http://healthrights.org.ua/praktichnii-posibnik/glosariji/mizhnarodnii-glosarii>.

¹⁹ Декларация о политике в области обеспечения прав пациента в Европе.

²⁰ Там само.

²¹ Міжнародна Конвенція “Про ліквідацію всіх форм расової дискримінації” 1965р.; Конвенція МОП “Про корінні народи і народи, які ведуть племінний спосіб життя в незалежних країнах” №169; Декларация “Про права осіб, які належать до національних або етнічних, релігійних та мовних меншин” 1992р.

²² Конвенція “Про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок” 1979р.; Декларация “Про викорінення насильства щодо жінок” 1993р.; Конвенція МОП №183 “Про перегляд Конвенції (переглянутої) 1952 року про охорону материнства” 2000р.

²³ Конвенція “Про права дитини” 1989р.; Конвенція МОП “Про мінімальний вік для прийому на роботу” №138 1973р.; Конвенція МОП “Про найгірші форми дитячої праці” №182 1999р.; Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх 1985р.

²⁴ Міжнародна Конвенція “Про захист прав всіх трудящих-мігрантів та членів їх сімей” 1990р.

²⁵ Декларация “Про права розумово відсталих осіб 1971 р.; Декларация “Про права інвалідів” 1975р.; Стандартні правила забезпечення рівних можливостей для інвалідів 1993р.; Принципи захисту психічно хворих осіб та поліпшення психіатричної допомоги 1991р.

²⁶ Конвенція про статус біженців 1951р.



1990р. Хартія закріплює право дитини на найвищий досяжний рівень фізичного, психічного та духовного здоров'я (ст.14). Далі текст Хартії містить докладний перелік зобов'язань держав, у цілому повторюючи текст Конвенції.

Основою міжнародно-правової регламентації заборони дискримінації щодо права на здоров'я є положення Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок 1979р., Конвенції про права людини та біомедицину 1997р., Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації 1965р., Європейської конвенції про соціальну та медичну допомогу 1972р., Декларації про права людини щодо осіб, які не є громадянами країни, в якій вони проживають 1985р.

У ст.12 Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок робиться акцент на ліквідації дискримінації щодо жінок під час доступу до медичного обслуговування, а також на необхідності забезпечення догляду в до та післяпологовий період. В аспекті заборони дискримінації право на здоров'я згадується також у Міжнародній конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, відповідно до п. е пп. iv ст.5, якої держави зобов'язуються "заборонити і ліквідувати расову дискримінацію... особливо щодо здійснення... права на охорону здоров'я, медичну допомогу".

Право на здоров'я знайшло відображення в документах, прийнятих у рамках ООН на рубежі тисячоліть²⁷. З восьми цілей у сфері розвитку, сформульованих у Декларації тисячоліття ООН, половина прямо стосується права на здоров'я: "знижити материнську та дитячу смертність; зупинити поширення ВІЛ/СНІДу, малярії та інших основних хвороб, від яких страждає людство, і покласти початок тенденції до скорочення їх масштабів; заохочувати фармацевтичну промисловість до забезпечення більш широкого розповсюдження основних ліків та їх більшої доступності для всіх" та ін.

Така тенденція не оминула інституції ООН, які висловили занепокоєння щодо реалізації цього права шляхом прийняття резолюції Генеральної Асамблеї ООН²⁸, Радою з прав людини ООН²⁹, рішень Економічної і Соціальної Ради ООН³⁰, доповідей Генерального секретаря³¹ та інших органів.

²⁷ Мы, народы: роль Организации Объединенных Наций в XXI веке. – Доклад Генерального секретаря от 27 марта 2000г., <http://www.un.org/russian/conferen/millennium/sprep.htm>.

²⁸ Резолюции ГА ООН: Здоровье как составная часть развития, A/RES/34/58 от 29 ноября 1979г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/381/53/IMG/NR038153.pdf>; Защита от товаров, вредных для здоровья и окружающей среды, A/RES/37/137 от 17 декабря 1982г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/431/23/IMG/NR043123.pdf>; Необходимость обеспечения здоровой окружающей среды в интересах благосостояния людей, A/RES/45/94 от 14 декабря 1990г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/569/99/IMG/NR056999.pdf>; Традиции или обычаи, затрагивающие здоровье женщин и девочек, A/RES/52/99 от 12 декабря 1997г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/766/41/PDF/N9876641.pdf>; Укрепление глобальной системы здравоохранения, A/RES/58/3 от 17 ноября 2003г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/453/11/PDF/N0345311.pdf>; Право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья, A/RES/58/173 от 10 марта 2004г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/504/98/PDF/N0350498.pdf>; Укрепление потенциала глобальной системы здравоохранения, A/RES/59/27 от 23 ноября 2004г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/477/84/PDF/N0447784.pdf>; Укрепление глобальной системы здравоохранения, A/RES/60/35 от 8 февраля 2006г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/489/72/PDF/N0548972.pdf>; Запрещение курения в помещениях ООН, A/RES/63/8 от 11 декабря 2008г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/471/29/PDF/N0847129.pdf>; Признание серповидноклеточной анемии одной из проблем здравоохранения, A/RES/63/237 от 17 марта 2009г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/485/03/PDF/N0848503.pdf>; Десятилетие борьбы за сокращение масштабов заболеваемости малярией в развивающихся странах, особенно в Африке, A/RES/64/79 от 16 февраля 2010г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/466/59/PDF/N0946659.pdf>; Здоровье населения мира и внешняя политика, A/RES/64/108 от 19 февраля 2010г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/468/33/PDF/N0946833.pdf>; Глобализация и ее воздействие на осуществление в полном объеме всех прав человека, A/RES/64/160 от 12 марта 2010г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/471/45/PDF/N0947145.pdf>; Профилактика неинфекционных заболеваний и борьба с ними, A/RES/64/265 от 20 мая 2010г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/477/57/PDF/N0947757.pdf>; Право человека на воду и санитарную, A/RES/64/292 от 3 августа 2010г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/479/37/PDF/N0947937.pdf>; Здоровье населения мира и внешняя политика, A/RES/65/95 от 10 февраля 2011г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/518/26/PDF/N1051826.pdf>; Организация в 2011г. всестороннего обзора прогресса, достигнутого в осуществлении Декларации о приверженности делу борьбы с ВИЧ/СПИДом и Политической декларации по ВИЧ/СПИДу, A/RES/65/180 от 30 марта 2011г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/523/36/PDF/N1052336.pdf>; Тематика, механизмы, формат и организация заседания высокого уровня Генеральной Ассамблеи по вопросу профилактики неинфекционных заболеваний и борьбы с ними, A/RES/65/238 от 7 апреля 2011г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/526/84/PDF/N1052684.pdf>; Закрепление достигнутых успехов и активизация борьбы с малярией и усилий в направлении ее ликвидации к 2015г. в развивающихся странах, особенно в Африке, A/RES/65/273 от 19 июля 2011г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/528/94/PDF/N1052894.pdf>; Политическая декларация совещания высокого уровня Генеральной Ассамблеи по профилактике неинфекционных заболеваний и борьбе с ними, A/RES/66/2 от 24 января 2012г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/458/96/PDF/N1145896.pdf>; Глобализация и ее воздействие на осуществление в полном объеме всех прав человека, A/RES/66/161 от 22 марта 2012г. – <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/468/50/PDF/N1146850.pdf>.

²⁹ Резолюции: 2002/32 и 2001/33 о доступе к лечению в контексте таких пандемий как ВИЧ/СПИД; 2002/31 о праве каждого на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья; 2001/35 о неблагоприятных последствиях незаконного перемещения и сброса токсических и опасных продуктов и отходов в отношении прав человека.

³⁰ Право каждого на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья. – Решение ЭКОСОС 2002/259, UN Doc. E/2002/INF/2/Add.2.

³¹ "Тема этапа заседаний высокого уровня Экономического и Социального Совета в 2009 году: Современные тенденции на общемировом и национальном уровнях и их воздействие на социальное развитие, включая охрану здоровья людей". – Доклад Генерального секретаря, E/2009/53 от 23 апреля 2009г., <http://daccess-ods.un.org/TMP/4406281.70967102.html>; "Тема этапа координации: реализация согласованных на международном уровне целей и обязательств в отношении охраны здоровья людей во всем мире". – Доклад Генерального секретаря, E/2010/85 от 24 мая 2010г., <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/373/84/PDF/N1037384.pdf>.



Універсальний рівень закріплення права людини на здоров'я є важливою гарантією визнання світовою спільнотою цього права, обумовлює розвиток міжнародного співробітництва в цій сфері та наявність міжнародно-правового співробітництва, накладає на держави обов'язок щодо створення механізмів його забезпечення, включно з законодавчими, адміністративними, судовими заходами.

Проаналізувавши положення міжнародно-правових документів у сфері охорони здоров'я, можна зробити висновок, що **право на здоров'я належить до природних, невід'ємних, невідчужуваних і непорушних прав людини, а його атрибутами є такі види суб'єктивних прав: гарантоване право на доступ до національних систем охорони здоров'я; право на інформацію про фактори, які впливають на стан здоров'я; право на медико-соціальну допомогу, включаючи первинну медичну допомогу.**

Гарантоване право на доступ до національних систем охорони здоров'я міститься в Європейській соціальній хартії (переглянутій), яка однією з цілей своєї політики передбачила створення умов, що забезпечують ефективну реалізацію права кожної людини користуватися будь-якими засобами, що дозволяють найвищий досяжний рівень здоров'я (п.11 ч.1). Європейський комітет із соціальних прав конкретизував це зобов'язання, зазначивши, що для його виконання необхідно є належна система охорони здоров'я, фінансована переважно з державного бюджету. У Коментарі №14, що підготував Комітет ООН з економічних, соціальних і культурних прав, зазначалося, що доступ до послуг систем охорони здоров'я та до інформації про фактори, які впливають на стан здоров'я, – необхідні компоненти права на здоров'я³².

Право на інформацію про фактори, які впливають на стан здоров'я, передбачає п.2 ст.11 Європейської соціальної хартії (переглянутої) щодо зобов'язання Договірних Сторін надавати послуги консультативного та просвітницького характеру, спрямовані на зміцнення здоров'я та забезпечення здорового способу життя, а також на розвиток особистої відповідальності за своє здоров'я. У контексті цього права інтерес становить положення п.2 ст.10 Конвенції про права людини та біомедицину: кожна людина має право ознайомитися з будь-якою зібраною інформацією про її здоров'я, водночас має поважати й бажання особи не бути поінформованою.

Право на медико-соціальну допомогу, включно з первинною медичною допомогою, гарантується п.13 ч.1 Європейської соціальної хартії (переглянутої), а саме право кожної людини, яка не має достатніх матеріальних засобів, на медичну допомогу. У контексті цього права має значення зміст п.1 ч.1 ст.13 Хартії: на держави покладається обов'язок забезпечити будь-якій особі, яка не має достатніх засобів існування і не здатна отримати їх у результаті власних зусиль або з інших джерел, зокрема, за рахунок

виплат у рамках системи соціального забезпечення, відповідну допомогу, а також необхідний догляд у разі хвороби. В Алма-Атинській декларації з первинної медико-санітарної допомоги 1978р. у п.V зазначено, що уряди несуть відповідальність за здоров'я своїх народів, яке може бути забезпечено лише шляхом вжиття відповідних медико-санітарних і соціальних заходів. Аналогічні положення містяться в п.д ст.12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права; ч.1 ст.24 Конвенції про права дитини.

Таким чином, **імплементация міжнародно-правових положень про право людини на здоров'я безпосередньо залежить від існуючого рівня розвитку медичної науки та технологій та, перш за все, самої системи охорони здоров'я.**

Право на здоров'я має тісний генетичний та функціональний зв'язок з іншими правами. Комітет з економічних, соціальних і культурних прав зазначив, що право на здоров'я тісно пов'язано з реалізацією інших прав людини і залежить від їх реалізації, включаючи право на продовольство, житло, роботу, освіту, участь, використання переваг наукового прогресу і застосування його результатів, життя, недискримінацію, рівність, заборону катувань, особисте життя, доступ до інформації та свободу асоціацій, зборів і рухів³³.

Отже, можна зробити висновок, що **чинні міжнародні угоди, що закріплюють права людини у сфері здоров'я, використовують різні формулювання, які належать як до медичної допомоги, так і до інших умов здоров'я.** Право на здоров'я є основним загально визнаним невід'ємним правом людини, закріпленням у багатьох міжнародних універсальних і регіональних договорах і підтверджено численними деклараціями та резолюціями міждержавних організацій і конференцій. Його місце в каталозі прав людини визначається тим, що воно нерозривно пов'язано з іншими природними, невід'ємними, невідчужуваними правами людини, зокрема, правом на життя та повагою до особистого та сімейного життя, при цьому маючи самостійний та комплексний характер.

Національне законодавство з охорони здоров'я повинно базуватися на положеннях міжнародних договорів та звичаєвих нормах міжнародного права. Проте, зміст міжнародно-правових документів не дає чіткого уявлення про те, який обсяг прав індивіда і кореспондуючий йому обсяг обов'язків держав щодо реалізації права на здоров'я, тобто не дає вичерпної відповіді на питання про юридичний зміст цього права.

Щодо національного рівня найвищу юридичну силу має закріплення права на здоров'я на конституційному рівні. Право на здоров'я або право на охорону здоров'я визнається у 115 конституціях, а в шести конституціях йдеться про зобов'язання держави розвивати послуги в області охорони здоров'я чи виділяти на потреби охорони здоров'я певний бюджет³⁴.

³² Див. посилання 16.

³³ Там само.

³⁴ Право на здоров'я, Изложение фактов №31. – Права человека, United Nations, Geneva, 2008, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31ru.pdf>.

ПРАВО НА ЗДОРОВ'Я В КОНСТИТУЦІЯХ ОКРЕМИХ КРАЇН

Наприклад, на конституційному рівні право на здоров'я гарантується конституціями: ОАЕ, Куби, Філіппін, Румунії, Литви, Сейшельських островів, Бельгії, Білорусі, Азербайджану, Вірменії, Казахстану, України, Фінляндії, Сербії, Таїланду, Киргизії, Латвії, Марокко, Єгипту.

Так у Конституції **Арабської Республіки Єгипет** 2014р. дуже деталізовано питання охорони здоров'я у ст.18, яка гарантує право на здоров'я, визначає державну політику у сфері охорони здоров'я, встановлює права медичних працівників. Саме у ст.18 визначається, що кожен громадянин має право на здоров'я і на загальне якісне медичне обслуговування, а відмова в медичній допомозі людині в надзвичайній або загрозовій для життя ситуації є злочином³⁵. Також держава гарантує збереження і підтримку системи громадської охорони здоров'я і буде сприяти підвищенню її ефективності та справедливому географічному розподілу. Єгипет бере на себе зобов'язання, відповідно до положень Конституції, виділити відсоток державних витрат, не менше 3% ВВП, на охорону здоров'я. Вказаний відсоток поступово збільшуватиметься до досягнення максимальної ставки. Наступним зобов'язанням є створення всеосяжної системи охорони здоров'я для всіх єгиптян, що охоплюватиме всі види допомоги.

Конституція **Єгипту** окремо деталізує права лікарів, і держава бере на себе зобов'язання поліпшити умови праці лікарів, середнього медичного персоналу, а також працівників сектору охорони здоров'я і забезпечити досягнення справедливості для них. Всі заклади охорони здоров'я та ті, що пов'язані зі здоров'ям підлягають державному контролю, також держава заохочує участь приватного і державного секторів у наданні медичних послуг відповідно до закону³⁶.

У ст. 29 (право на охорону здоров'я) Конституції **Республіки Сейшельських островів** 1993р. закріплено, що держава визнає право кожного громадянина на охорону здоров'я і забезпечує досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я³⁷ та з метою забезпечення ефективного здійснення цього права держава зобов'язана: (а) вжити заходів для забезпечення вільної первинної медико-санітарної допомоги в державних установах для всіх своїх громадян; (б) вжити відповідних заходів для запобігання (профілактики), лікування та боротьби з епідеміями та іншими захворюваннями; (с) вжити заходів зі зниження дитячої смертності та сприяння здоровому розвитку дитини; (д) сприяти індивідуальній відповідальності в питаннях здоров'я; (е) за дотримання контролю та умов, які є необхідними в демократичному суспільстві, для створення приватних медичних послуг³⁸. Пункт (с) ст.29 відрізняється від усіх аналогічних конституційних положень, що закріплює зобов'язання держави у сфері охорони здоров'я, а саме боротьбу з дитячою смертністю, слід зауважити, що ця проблема одна з глобальних у сфері охорони

здоров'я, що знайшло відображення в доповідях, програмах, планах дій ВООЗ. Конституція відображає підхід до права на здоров'я ВООЗ через забезпечення досяжного рівня фізичного і психічного здоров'я, закріпленого у Статуті ВООЗ.

Конституція Королівства Таїланд 2007р. має цілу частину (9), присвячену праву на послуги у сфері охорони здоров'я та соціальному забезпеченню. Ст.51 гарантує, що особа має рівні права на отримання стандартного медичного обслуговування, а неможливе – право на безкоштовне лікування в державних медичних установах. Також система охорони здоров'я має забезпечуватися державою повністю та ефективно, і держава повинна швидко та безоплатно запобігати і знижувати інфекційні хвороби, небезпечні для суспільства. Таке зобов'язання держави відбиває епідеміологічні проблеми регіону. Частина 1 ст.52 закріплює, що діти та молодь мають право на гідне життя та отримання фізичного, розумового та інтелектуального розвитку у відповідному для цих цілей навколишньому середовищі. Отже, явна взаємопов'язаність права на здоров'я та екологічних прав людини. Частина 2 ст.52 встановлює, що діти, молодь, жінки і члени їх сімей мають право на лікування або відновлення. Стаття 54 гарантує особам, які страждають психічними захворюваннями, право на відповідну допомогу з боку держави³⁹.

Стаття 15 Конституції **Філіппін** 1987р. вказує, що держава захищає право людини на здоров'я і сприяє їх здійсненню, а також виховує у людей свідоме ставлення до свого здоров'я. Також право на здоров'я відображено у ст.14 щодо здорових умов праці; ст.19 про сприяння держави щодо розвитку здорових і активних громадян; ст.16 щодо зобов'язання держави захищати і зміцнювати право свого народу на збалансоване і здорове довкілля⁴⁰. Отже у Конституції Філіппін прослідковується екологічний підхід до права на здоров'я.

Деталізоване право на медичну допомогу в Конституції **Куби** 1976р., а саме у ст.42 держава проголошує священне право, завойоване революцією, за яким громадяни незалежно від раси, кольору шкіри та національного походження отримують медичну допомогу в будь-яких лікувальних установах, та у ст.49, згідно з якою всі мають право на турботу про їх здоров'я і на його охорону, й держава гарантує це право наданням безкоштовної медичної допомоги та безкоштовного лікування в лікарнях через мережу установ медичного обслуговування у сільській місцевості, поліклінік, лікарень, профілакторіїв та центрів спеціалізованої медичної допомоги, також гарантується надання безкоштовної стоматологічної допомоги⁴¹. Держава зобов'язана відповідно до ст.49 розвивати мережі закладів з метою поширення санітарних знань і виховання здорового способу життя, проводити періодичні медичні огляди, загальну вакцинацію та інші засобами профілактики захворювань⁴².

³⁵ Конституція Єгипту (2014р.). – https://www.constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf.

³⁶ Там само.

³⁷ Саме таке визначення міститься у Статуті ВООЗ.

³⁸ Конституції Республіки Сейшельських островів (1993р.). – <http://www.electionpassport.com/files/SC-Constitution-2011.pdf>.

³⁹ Конституція Королівства Таїланд (2007р.). – http://legalportal.am/download/constitutions/220_ru.pdf.

⁴⁰ Конституція Республіки Філіппіни (1987р.). – http://legalportal.am/download/constitutions/175_ru.pdf.

⁴¹ Конституція Куби (1976р.). – http://legalportal.am/download/constitutions/57_ru.pdf.

⁴² Там само.



У ст.23 Конституції **Бельгії** 1994р. сказано, що кожен має право вести життя, відповідне людській гідності, реалізуючи право на соціальне страхування, охорону здоров'я, соціальну, медичну та юридичну допомогу, а також має право на здорове довкілля⁴³.

Конституція **Фінляндії** 1999р. у §19 гарантує, що влада повинна відповідно з більш детальними приписами закону забезпечити кожному соціальне та медичне обслуговування, а також сприяти зміцненню здоров'я населення⁴⁴.

Стаття 68 (охорона здоров'я) Конституції **Сербії** 2006р. гарантує, що кожна людина має право на захист свого психічного та фізичного здоров'я, також охорона здоров'я для дітей, вагітних жінок, матерів, які перебувають у відпустці у зв'язку з вагітністю та пологами, батьки-одиначки з дітьми до семи років та особи похилого віку повинні бути забезпечені за рахунок державних коштів, якщо це не передбачено будь-яким іншим чином відповідно до закону⁴⁵. Сербія повинна сприяти розвитку здоров'я та фізичної культури⁴⁶.

Стаття 19 Конституції **ОАЕ** вказує, що суспільство бере під своє заступництво громадян, захищає їх і гарантує їм медичну допомогу та заохочується відкриття лікарень, поліклінік і приватних клінік⁴⁷.

Стаття 33 (право на охорону здоров'я) Конституції **Румунії** 1991р. встановлює, що право на охорону здоров'я гарантується, та держава зобов'язана вживати заходів щодо забезпечення гігієни та громадського здоров'я, а організація медичної допомоги та системи соціального забезпечення у зв'язку з хворобою, нещасними випадками, материнством і відновленням здоров'я, контроль за здійсненням медичних професій і парамедичної діяльності, а також інші заходи щодо захисту фізичного та розумового здоров'я особи встановлюються відповідно до закону⁴⁸.

Стаття 31 Конституції Королівства **Марокко** 2011р. вказує, що держава, державні органи та місцеві органи влади сприяють мобілізації всіх доступних ресурсів для полегшення рівного доступу громадян Марокко до засобів, що дозволяють користуватися такими правами, як право на медичне обслуговування та соціальний захист, медичне страхування, взаємне або державне страхування.

У всіх конституціях пострадянських держав закріплено право на здоров'я. Так, Конституція **Литовської Республіки** 1992р. у ч.1 ст.53 закріплює обов'язок держави, яка піклується про здоров'я людей і гарантує медичну допомогу та послуги людині в разі хвороби, також Законом встановлюється порядок надання громадянам безоплатної медичної допомоги в державних лікувальних установах⁴⁹.

Стаття 41 (право на охорону здоров'я) Конституції **Азербайджанської Республіки** 1995р. вказує, що кожен має право на охорону здоров'я та отримання медичної допомоги, також держава вживає необхідних заходів для розвитку всіх видів охорони здоров'я, що діє на основі різних видів власності, гарантує санітарно-епідеміологічне благополуччя, створює можливості для різних форм медичного страхування, а посадові особи, що приховують факти і випадки, які створюють небезпеку для життя і здоров'я людей, притягаються до відповідальності на підставі закону⁵⁰.

У ст.38 Конституції **Вірменії** 1995р. визначається, що кожен має право на отримання медичної допомоги та медичного обслуговування у встановлених законом формах та уточнюється, що кожен має право на безкоштовне отримання основних медичних послуг, а їх перелік і порядок їх надання встановлюються законом⁵¹.

Держава гарантує кожному право на здоров'я та мінімум медичної допомоги відповідно до п.111 Конституції **Латвії** 2010р.⁵²

Конституція **Білорусі** 1994р. містить положення, відповідно до яких громадянам Білорусі гарантується право на охорону здоров'я, включаючи безкоштовне лікування у державних закладах охорони здоров'я. Також держава створює умови доступного для всіх громадян медичного обслуговування (ст.45). Конституція Білорусі закріплює і похідні права від права на здоров'я. Так, право на охорону здоров'я забезпечується також розвитком фізичної культури і спорту, заходами щодо оздоровлення довкілля, можливістю користування оздоровчими установами, вдосконаленням охорони праці⁵³.

Стаття 29 Конституції **Казахстану** 1995р. вказує, що громадяни Республіки мають право на охорону здоров'я та право отримувати безоплатно гарантований обсяг медичної допомоги, встановлений законом, а отримання платної медичної допомоги в державних і приватних лікувальних установах, а також у осіб, які займаються приватною медичною практикою, проводиться на підставах і в порядку, встановлених законом⁵⁴.

Конституція **Киргизької Республіки** 2010р. у ст.47 гарантує, що кожен має право на охорону здоров'я; держава створює умови для медичного обслуговування кожного і вживає заходів щодо розвитку державного, муніципального та приватного секторів охорони здоров'я; безкоштовне медичне обслуговування, а також медичне обслуговування на пільгових умовах здійснюється в обсязі державних гарантій, передбачених законом. Конституція Киргизії містить положення щодо встановлення законом відповідальності за приховування посадовими особами фактів та обставин, що створюють загрозу для життя і здоров'я людей (ч.4 ст.47)⁵⁵.

⁴³ Конституція Бельгії (1994р.). – http://www.urzona.com/index.php?option=com_content&view=article&id=454:---17--1997-&catid=65:2010-07-22-19-48-30&Itemid=77.

⁴⁴ Конституція Фінляндії (1999р.). – <http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1999/ru19990731.pdf>.

⁴⁵ Конституція Сербії (2006р.). – http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=191259.

⁴⁶ Стаття 68 (охорона здоров'я) Конституції Сербії.

⁴⁷ Конституція Об'єднаних Арабських Еміратів (1971р., поправки 2004р.). – kdpd.uabs.edu.ua/images/departments/kdpd/.../OAE.doc.

⁴⁸ Конституція Румунії (1991р.). – www.parliament.am/library/.../ROMANIA.doc.

⁴⁹ Конституція Литовської Республіки (1992р.). – http://www3.lrs.lt/home/Konstitucija/Konstitucija_RU.htm.

⁵⁰ Конституція Азербайджанської Республіки (1995р.). – <http://ru.president.az/azerbaijan/constitution>.

⁵¹ Конституція Республіки Вірменія (1995р.). – <http://www.parliament.am/parliament.php?id=constitution&lang=rus>.

⁵² Конституція Латвійської Республіки (2010р.). – <https://www.cvk.lv/pub/public/29171.html>.

⁵³ Конституція Республіки Білорусь (1994р.). – <http://pravo.by/main.aspx?guid=14551>.

⁵⁴ Конституція Республіки Казахстан (1995р.). – http://www.akorda.kz/ru/official_documents/constitution.

⁵⁵ Конституція Киргизької Республіки (2010р.). – http://www.gov.kg/?page_id=263&lang=ru.



Отже, можна виокремити **основні компоненти права на здоров'я**, закріплені в основних законах держав:

- право на якісне медичне обслуговування;
- право на первинну / екстрену / швидку медико-санітарну допомогу;
- право на досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я;
- право на відповідну допомогу психічно хворим;
- право на здорові умови праці;
- право на здорове довкілля.

У конституціях міститься **зобов'язання держав** щодо:

- визначення державної політики у сфері охорони здоров'я;
- створення всеосяжної системи охорони здоров'я;
- боротьби з епідеміями та іншими захворюваннями;
- зниження дитячої смертності та сприяння здоровому розвитку дитини, материнства;
- забезпечення санітарно-епідеміологічного благополуччя держави.

В основних законах держав не відображено право на доступ до якісних і доступних лікарських засобів та репродуктивні права людини.

Право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування також гарантується *кожному* Конституцією України 1996р., а саме ч.1 ст.49. Існує протиріччя між ч.1 та ч.3 ст.49. А частина 3 ст.49 вказує, що держава створює умови для ефективного і доступного для всіх громадян медичного обслуговування. У державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно; існуюча мережа таких закладів не може бути скорочена.

Для з'ясування змісту права на охорону здоров'я, необхідно визначити зміст поняття "медична допомога" у вітчизняному законодавстві. Термін "медична допомога" вживається у преамбулі, ст.ст. 4, 16, 25, 33, 37, 52, 58, 60, 78 Основ законодавства України про охорону здоров'я 1992р. Як зазначає І.Сенюта, під правом на медичну допомогу слід розуміти закріплену в законодавстві та гарантовану державою можливість кожної людини отримувати в закладі охорони здоров'я чи лікаря приватної практики, які здійснюють професійну діяльність відповідно до чинного законодавства, комплекс заходів, спрямованих на профілактику, діагностику, лікування і реабілітацію, з метою збереження, зміцнення, розвитку та, в разі порушення, відновлення максимально досяжного рівня фізичного та психічного стану людського організму⁵⁶. Статті 33, 35, 58, 67, 68, 77 Основ законодавства України про охорону здоров'я 1992р. визначають складові медичної допомоги (швидка, невідкладна, первинна, спеціалізована, високоспеціалізована тощо).

Відповідно до ч.3 ст.49 Конституції України "у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно", яку, на думку Конституційного Суду, треба розуміти таким чином, що у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається всім громадянам України незалежно від її обсягу та без попереднього, поточного або наступного їх розрахунку за надання такої допомоги⁵⁷.

Таким чином, на основі аналізу положень Конституції України та рішення Конституційного Суду України право на безоплатну медичну допомогу, в т.ч. на швидку, невідкладну, первинну, спеціалізовану, високоспеціалізовану, мають тільки громадяни України. Право на медичну допомогу, в т.ч. на швидку, невідкладну, первинну, спеціалізовану, високоспеціалізовану, для іноземців, осіб без громадянства, і в т.ч. біженців, не гарантується Основним законом України.

Але, викликають питання гарантування надання швидкої (екстреної) допомоги, названим категоріям осіб. На відміну від інших категорій іноземців, біженці та споріднені категорії не мають можливості реалізації свого природного права на здоров'я у рамках держави громадянства, тому виникає питання забезпечення їх права на здоров'я у державі перебування нарівні з громадянами цієї держави.

Так, у ч.1. ст.3 Закону України "Про екстрену медичну допомогу" від 2012р. зазначається, що іноземці та особи без громадянства, які тимчасово перебувають на території України, забезпечуються екстреною медичною допомогою у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України. Деталізація положень Закону "Про екстрену медичну допомогу" міститься

⁵⁶ Сенюта І. Право людини на медичну допомогу: деякі теоретико-практичні аспекти. – Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення). Матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції 17-18 квітня 2008р., м.Львів, с.282.

⁵⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України "у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно" (справа про безоплатну медичну допомогу) №10 від 29 травня 2002р. – Сайт Верховної Ради України, <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-02/paran54#n54>.

у Постанові Кабінету Міністрів України “Про затвердження Порядку надання медичної допомоги іноземцям та особам без громадянства, які постійно проживають або тимчасово перебувають на території України, які звернулися із заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, стосовно яких прийнято рішення про оформлення документів для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, та яких визнано біженцями або особами, які потребують додаткового захисту”. Порядком встановлено, що всім категоріям іноземців та осіб без громадянства, які тимчасово перебувають на території України, медична допомога, зокрема екстрена, надається на платній основі⁵⁸.

Позитивним є положення Постанови щодо надання медичної допомоги за рахунок бюджетних коштів іноземцям та особам без громадянства, які постійно проживають на території України, іноземцям та особам без громадянства, яких визнано біженцями або особами, які потребують додаткового захисту. Також слід зазначити, що особа, яку визнано біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, має на рівні з громадянами України права на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування відповідно до ч.1 ст.15 Закону “Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту”. Право на безоплатну невідкладну медичну допомогу в державних закладах охорони здоров'я мають також особи, яким надано тимчасовий захист⁵⁹.

Прогресивні зміни у вітчизняному законодавстві пов'язані з закріпленням положення згаданої Постанови КМУ щодо надання екстреної медичної допомоги на безоплатній основі іноземцям та особам без громадянства, які звернулися із заявою про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту, іноземців та осіб без громадянства, стосовно яких прийнято рішення про оформлення документів для вирішення питання щодо визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту. Це положення відповідає практиці та принципам діяльності Управління Верховного комісара ООН у справах біженців.

З прийняттям Постанови Кабінету Міністрів України №121 втратила чинність урядова Постанова №667 “Про затвердження Порядку надання медичної допомоги іноземцям та особам без громадянства, які тимчасово перебувають на території України, та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України” від 22 червня 2011р.⁶⁰

Крім конституційного та законодавчого гарантування та закріплення права на здоров'я, в Україні існують комплексні недоліки в системі охорони



здоров'я, що саме створює бар'єри в реалізації вказаного права. До цих недоліків можна віднести:

- українська система охорони здоров'я не орієнтована на людину як суб'єкта права на здоров'я;
- українська система охорони здоров'я не орієнтована на профілактику захворювань;
- відсутність ефективного доступу до системи охорони здоров'я у сільській місцевості;
- відсутність необхідних лікарських засобів.

У главі 22 “Громадське здоров'я” “Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їх державами-членами, з іншої сторони”, визначені основні пріоритети для України у сфері охорони здоров'я, а саме:

- зміцнення системи охорони здоров'я України;
- запобігання і контроль над інфекційними хворобами (забезпечення імплементації Міжнародних медико-санітарних правил 2005р.);
- контроль за неінфекційними хворобами;
- якість та безпечність субстанцій людського походження;
- інформація та знання в галузі охорони здоров'я (ст.427).

Для реалізації зовнішньої політики України щодо інтеграції до ЄС, Україна зобов'язана поступово наблизити своє законодавство та практику до права ЄС, зокрема у сфері боротьби з інфекційними хворобами, регламентації служби крові та трансплантації тканин та клітин, боротьби з тютюнопалінням відповідно до директив та рекомендацій ЄС.

⁵⁸ Постанова Кабінету Міністрів України №121 від 19 березня 2014р.

⁵⁹ Частина 1 ст.20 Закону України “Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту”.

⁶⁰ Відповідно до Постанови КМУ №667 від 22 червня 2011р., медична допомога, в т.ч. екстрена іноземцям та особам без громадянства, які тимчасово перебувають на території України надається за плату. Положення цієї Постанови постійно критикувалися Управління Верховного комісара ООН у справах біженців. Див.: Україна як країна притулку: спостереження щодо становища шукачів статусу біженця і біженців в Україні. – УВКБ ООН, Женева, Швейцарія, 2013, 45 с.

Наприклад, гармонізація законодавства України щодо права ЄС

- у сфері **боротьби проти тютюнопаління** відповідно до Директиви 2001/37/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 5 червня 2001р. про зближення законів, правил та адміністративних положень держав-членів, що стосуються виробництва, реклами та продажу тютюнових виробів, Директиви 2003/33/ЄС Європейського парламенту і Ради від 26 травня 2003р. щодо зближення законів, правил та адміністративних положень держав-членів, пов'язаних із рекламою і спонсорством тютюнових виробів, Рекомендації Ради від 2 грудня 2002р. про запобігання курінню та ініціативи щодо поліпшення боротьби проти тютюну та ін.;
- у сфері **боротьби з інфекційними хворобами** – Рішення 2119/98/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 24 вересня 1998р. щодо налаштування мережі для епідеміологічного нагляду та контролю за інфекційними захворюваннями серед населення, Рішення Комісії 2002/253/ЄС від 19 березня 2002р., що встановлює визначення випадків щодо повідомлення про інфекційні захворювання мережі Співтовариства на виконання Рішення №2119/98/ЄС Європейського Парламенту та Ради та ін.;
- **регламентації служби крові та трансплантації тканин та клітин** – Директиви 2002/98/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 27 січня 2003р. щодо встановлення стандартів якості та безпеки для збору, тестування, обробки, зберігання та розподілення людської крові та компонентів крові і вносить зміни до Директиви 2001/83/ЄС, Директиви Комісії 2004/33/ЄС від 22 березня 2004р. з реалізації Директиви 2002/98/ЄС Європейського Парламенту і Ради щодо певних технічних вимог до крові та її компонентів, Директиви Комісії 2005/62/ЄС від 30 вересня 2005р. з реалізації Директиви 2002/98/ЄС Європейського Парламенту і Ради щодо ролі стандартів для Співтовариства та технічні вимоги, що стосуються системи якості для служби крові, Директиви 2004/23/ЄС Європейського Парламенту і Ради від 31 березня 2004р. про встановлення стандартів якості та безпеки для пожертвування, закупівлі, тестування, обробки, збереження, зберігання і розподілу тканин і клітин людини, Директиви Комісії 2006/17/ЄС від 8 лютого 2006р. з реалізації Директиви 2004/23/ЄС Європейського Парламенту і Ради щодо певних технічних вимог для пожертвувань, закупівлі та тестування тканин і клітин людини, Директиви Комісії 2006/86/ЄС від 24 жовтня 2006р. з реалізації Директиви 2004/23/ЄС Європейського Парламенту і Ради щодо вимоги повідомлення про серйозні побічні реакції і подій та здійснення певних технічних вимог для кодування, обробки, зберігання, зберігання і розподіл тканин і клітин людини та ін.;
- **в інших сферах охорони здоров'я** – Рекомендації Ради 2003/488/ЄС від 18 червня 2003р. про запобігання та скорочення шкоди здоров'ю, пов'язаної з наркотичною залежністю, Рекомендації Ради 2001/458/ЄС від 5 червня 2001р. про вживання алкоголю молодими людьми, зокрема дітьми та підлітками, Рекомендації Ради 2003/878/ЄС від 2 грудня 2003р. щодо скринінгу раку, Рекомендації Ради від 31 травня 2007р. про запобігання травматизму і зміцнення безпеки, Регламент (ЄС) №1394/2007 Європейського Парламенту і Ради "Про лікувальні препарати прогресивної терапії, що вносять зміни до Директиви 2001/83/ЄС і до Регламенту (ЄС) №726/2004" від 13 листопада 2007р. та ін.

ВИСНОВКИ

1. Право на здоров'я належить до загальновизнаних прав людини, закріплене в міжнародному звичаєвому та договірному праві та тісно пов'язано з такими правами, як право на життя, на інформацію, на здорове довкілля, на здорові умови праці та інші. Безумовним міжнародним зобов'язанням України є забезпечення права на здоров'я.

2. У більшості держав світу право на здоров'я прямо або опосередковано закріплене в конституційних актах. Його зміст варіює від констатуючих формулювань до розгорнутого визначення поняття, компонентів, форм, способів забезпечення права на здоров'я та похідних від нього прав.

3. Закріплення права на здоров'я в конституційних актах, рівень і ступінь його деталізації безпосередньо не корелюють з його реальним забезпеченням. У державах з високим рівнем реалізації права на здоров'я (США, Німеччина, Франція, Ісландія, Данія) право на здоров'я не закріплено на конституційному рівні.

4. Конституційна традиція України передбачає закріплення на конституційному рівні права на здоров'я. Але його формулювання носить загальний характер, без конкретизації та встановлення умов його реалізації, та не пов'язано з реальним станом забезпечення права на здоров'я.

5. Право на здоров'я має двоякий характер, який пов'язаний з рівнем життя та економічним розвитком держави, що обумовлює його тісний зв'язок з іншими соціально-економічними правами. Тому, закріплюючи право на здоров'я, необхідно враховувати реальний стан можливостей його забезпечення у зв'язку з іншими правами.

6. До компонентів права на здоров'я, закріплених у конституційних актах держав, належать: право на якісне та доступне медичне обслуговування; право на первинну / екстрену / швидку медико-санітарну допомогу; право на отримання стандартного медичного обслуговування; право на досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я; право на відповідну допомогу психічно хворим; право на безкоштовне лікування; право на безкоштовну медичну допомогу; право на безкоштовну стоматологічну допомогу; право на медичний огляд; право на загальну вакцинацію; право на медичне страхування; право на санітарно-епідеміологічне благополуччя; право на здорові умови праці; право на здорове довкілля.

7. На нашу думку, право на здоров'я повинно гарантуватися Конституцією, але його зміст має відповідати сучасним реаліям і можливостям. *По-перше*, забезпечувати кожному безкоштовно мінімальний обсяг медичної допомоги, перш за все, екстрену медичну допомогу та безкоштовну медичну допомогу окремим категоріям осіб; *по-друге*, держава зобов'язана створити умови для розвитку системи медичних послуг та передумови для запровадження системи страхової медицини; держава повинна забезпечити умови та контроль за якістю медичних послуг і захистом прав пацієнтів та медичного персоналу. Зміст права на здоров'я повинен бути конкретизований у спеціальних законах. ■

НЕОБХІДНІСТЬ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НАЦІОНАЛЬНОЇ БЕЗПЕКИ ЯК ПІДСТАВА ОБГРУНТОВАНОГО ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ ЛЮДИНИ В ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ ДЕРЖАВ (ЗА ПРАКТИКОЮ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ)¹



Павло ПУШКАР,
доцент юридичного факультету
Київського національного університету ім.Тараса Шевченка,
старший юрист Секретаріату Європейського Суду
з прав людини (м.Страсбург)

Поняття “національна безпека” можна визначити в широкому сенсі як певну спрямованість діяльності держави, скеровану на створення внутрішніх і зовнішніх умов, сприятливих для збереження чи зміцнення життєво важливих цінностей в державі. Зокрема, в контексті ст.3 Конституції України зазначається, що саме “права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави”, в т.ч. в галузі забезпечення національної безпеки.

Загалом, “національна безпека” – це стан, який має ідеально забезпечувати та збалансовувати захищеність інтересів народу й держави, громади, суспільства та кожної особи, яка належить до нього. Концепцію системи заходів національної безпеки в деяких випадках визначити досить важко, оскільки така концепція тісно пов’язана з суб’єктивними, а іноді й емоційним сприйняттям співробітниками органів державного управління та військових установ загроз національній безпеці. Національна безпека насамперед спрямована на захист народу від зовнішніх і внутрішніх факторів, які впливають на існування основоположних підвалин суспільства сьогодення.

Таким чином, виходячи із концепції національної безпеки, сучасна демократична держава, що діє на підставі конституційних норм, має право захистити себе та суспільство, якому ця держава служить, від втручання інших держав або від втручання в законно існуючий державний устрій. З іншого боку, дії такої держави із захисту національної безпеки повинні бути підпорядковані або належним чином збалансовані

стосовно необхідності захисту прав та основних свобод людини². Виходячи із широкого тлумачення поняття “національної безпеки” до нього слід включати й захист прав і свобод людини³.

Поняття “національна безпека” у законодавстві України є досить чітким. Зокрема, відповідно до Закону України “Про основи національної безпеки України”, “національна безпека” визначається як “захищеність життєво важливих інтересів людини і громадянина, суспільства і держави, за якої забезпечується сталий розвиток суспільства, своєчасне виявлення, запобігання та нейтралізація реальних та потенційних загроз національним інтересам”. У цьому ж Законі є поняття “загрози національній безпеці, що складають наявні та потенційно можливі явища та чинники, що створюють небезпеку життєво важливим національним інтересам України”. Під поняттям “забезпечення національної безпеки” загалом розуміється комплекс (множина) заходів і засобів, спрямованих на запобігання і ліквідацію загроз життєдіяльності особи, суспільству і державі.

¹ Представлені у статті думки є особистою позицією автора та не відбивають офіційної позиції будь-яких організацій чи установ.

² William W. Burke-White. *Human Rights and National Security: The Strategic Correlation*. – Harvard Human Rights Journal, <http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss17/burke-white.shtml>.

³ Антонович М. Право на особисту безпеку за національним законодавством та міжнародно-правовими актами. – Національна безпека України (матеріали конференції українських випускників програм наукового стажування у США, 16-19 вересня 2004р.), с.69-80.



Подібним чином це поняття визначається і в законодавствах інших країн. Зокрема, в законодавстві РФ немає поняття “національної безпеки”, проте є поняття “безпеки держави загалом”. Водночас, на доктринальному рівні “національна безпека” визначалась як безпека багатонаціонального народу Російської Федерації, що є носієм державного суверенітету та єдиним джерелом влади в РФ⁴. Дещо подібне визначення національної безпеки надається і в законодавстві “західних” країн.

На відміну від законодавства, доктринально “національна безпека” США в роботах багатьох авторів визначається як розвиток важливих для держави національно (державно)-спрямованих цілей, які визначають цілі та мету діяльності США. Виходячи із цього, інтереси “національної безпеки” охоплюють захист політичних цілей діяльності США, національної системи урядування, в широкому сенсі – державних інституцій, посилення економічного розвитку держави та добробуту нації, а також підтримання життєво важливих інтересів США та їх союзників⁵. Загалом, досить часто на доктринальному рівні “національна безпека” визначається як сукупність заходів, пов’язаних із національного обороноздатністю та зовнішніми відносинами США⁶.

У практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) поняття “національної безпеки” та необхідності забезпечення національної безпеки найчастіше зустрічається у справах, пов’язаних зі ствердженням заявниками порушенням статей 8-12 Європейської конвенції з прав людини (тобто права на приватність, права на висловлення релігійних поглядів, права на свободу вираження поглядів та права на отримання інформації, свободу асоціацій та права на одруження). Це поняття використовується найчастіше в обґрунтування обмеження зазначених вище прав або втручання держави в реалізацію своїх прав цією особою. Тобто, **поняття національної безпеки використовується як один із критеріїв меж допустимого втручання у права.**

Слід зазначити, що за практикою ЄСПЛ, яка в т.ч. є цікавим і доступним джерелом досліджень у галузі порівняльного права, застосування меж допустимого втручання у права людини на підставі необхідності

захисту або забезпечення національної безпеки має ґрунтуватися на наступних елементах:

- втручання в права особи в інтересах національної безпеки має бути обґрунтованим;
- воно повинно бути здійсненим в інтересах або з метою забезпечення національної безпеки;
- повинно ґрунтуватися на законодавчому або нормативному акті, що має бути доступним для простих осіб, та який повинен бути передбачуваним, як для простих осіб, так і для фахівців у галузі права;
- між втручанням у право особи або обмеження такого права, яке здійснюється в інтересах національної безпеки, що реалізується в інтересах суспільства в цілому, та інтересами особи повинна існувати відповідна збалансованість, яка розкривається у наявному критерії;
- втручання або обмеження прав особи повинно бути співмірним (пропорційним) існуючій законній меті (тобто захисту інтересів національної безпеки);
- втручання або обмеження прав особи з метою захисту інтересів національної безпеки вважається дозволеним і таким, що не порушує права особи, якщо існують адекватні та ефективні, в т.ч. процесуальні гарантії протидії чи захисту від свавільного втручання або обмеження прав особи державою.

Розглянемо ці постулати на практиці розгляду справ ЄСПЛ, і зокрема з точки зору застосування положень щодо захисту національної безпеки в практиці ЄСПЛ.

Зокрема, у справі *Штоль проти Швейцарії*⁷, що стосувалася розкриття конфіденційної інформації, розповсюдженій заявником, яка містилася в дипломатичній кореспонденції Швейцарії та стосувалася дипломатичної стратегії МЗС Швейцарії стосовно питання повернення коштів родичам власників “закритих банківських рахунків”, потерпілих від Голокосту. У результаті розгляду справи в національних судах на заявника-журналіста були накладені санкції у вигляді штрафу, зокрема за розкриття державної таємниці та порушення інтересів національної безпеки. ЄСПЛ у цій справі дійшов висновку про відсутність порушення ст.10 Конвенції та відповідно порушення права заявника, як журналіста на висловлення власних поглядів стосовно інформації, яка мала резонансне суспільне значення. Незважаючи на це, Суд вирішив, що публікація інформації, підготовленої заявником, не могла завдати “серйозної шкоди” інтересам держави, і таким чином завдати шкоди “інтересам національної безпеки”.

Цікаво, що оцінюючи саме втручання у права заявника та пропорційність цього втручання з точки зору

⁴ Варламов В.Ю. Каким быть закону о национальной безопасности? – Журнал “Право и безопасность”, №1 (10), март 2004г., http://www.dpr.ru/pravo/pravo_7_12.htm.

⁵ Dictionary of Military Terms – http://www.dtic.mil/doctrine/dod_dictionary.

⁶ Dictionary of Military and Associated Terms. US Department of Defence, 2005.

⁷ Див.: рішення Великої Палати Суду у справі *Stoll v. Switzerland* [GC], no.69698/01, ECHR 2007XIV.

захисту інтересів “національної безпеки”, Суд розглядав такі елементи національної безпеки, на які посилався Уряд Швейцарії, як захист публічного іміджу державних службовців дипломатичного корпусу МЗС, захист конфіденційності інформації, розповсюджені ними, а також захист основ чи засад суспільних взаємовідносин, які фактично прирівнювались ЄСПЛ до захисту інтересів “національної безпеки”, в розумінні меж допустимого втручання та обмежень прав особи за ст.10 Конвенції.

У іншій справі, що розглядалася Судом, *Пасько проти Російської Федерації*⁸, Суд дійшов висновку про те, що втручання у права заявника, яке було здійснене у зв'язку з розповсюдженням ним інформації, яка становила державну таємницю, було пропорційним до мети захисту інтересів держави, який полягав у нерозголошенні державної таємниці третім особам. Таким чином у цій справі Суд дійшов висновку про тотожність понять “інтереси держави” та “інтереси національної безпеки”.

Ще в одній справі, яка розглядалася Судом та стосувалася питання видачі документів, необхідних для судового розгляду позову колишнього державного службовця Великої Британії, який працював на підприємстві стратегічного значення у Північній Ірландії, визначення поняття “національної безпеки” прирівняли до таких понять, та втручання у права особи у зв'язку з необхідністю захисту інтересів “національної безпеки”, були прирівняні до захисту необхідності вжиття заходів щодо охорони “громадського порядку та громадської безпеки”⁹. У подібній справі стосовно працевлаштування осіб у військових формуваннях, поняття захисту інтересів “національної безпеки” були прирівняні до необхідності підтримання високого морального духу, боєздатності та операційної ефективності Збройних сил Сполученого Королівства¹⁰.

Загалом слід зазначити, що прецедентна практика Суду стосовно національної безпеки може бути умовно розділена на два періоди: до 1990р. і після 1990р., що відповідає в цілому періоду закінчення “холодної війни”. Протягом першого періоду, Суд виніс ряд основоположних рішень, зокрема, *Класс*

*та Інші проти ФРН*¹¹ та *Леандер проти Швеції*¹², в яких встановлено основні, хоча і досить базові і навряд чи надмірно обтяжливі, принципи відповідальності держави в галузі національної безпеки. Тобто, загалом Суд виробив базовий підхід до принципів підзвітності органів національної безпеки принципам захисту прав людини та основоположних свобод. Судом також було встановлено вимоги щодо процедурних (процесуальних) гарантій захисту. Ці гарантії стосувалися зокрема втручання у таємницю листування, наприклад, у таких справах як *Круслін проти Франції*¹³, *Хьюїтт і Харман проти Сполученого Королівства*¹⁴ і *В. та ін. проти Нідерландів*¹⁵. Проте, певною мірою, практика Суду багато в чому характеризується досить толерантним підходом до визначення того, наскільки ефективними є національні механізми контролю над органами захисту національної безпеки, які згодом виявилися такими, що мали досить значні вади (наприклад, *МС та ПС проти Швейцарії*¹⁶, *Л. проти Норвегії*¹⁷ та *Леандер проти Швеції*¹⁸).

Протягом “другого періоду” підхід Суду змінюється, хоча ще й можна знайти приклади контрверсійних рішень, постановлених по суті, наприклад, *Крісті проти Сполученого Королівства*¹⁹ та *Калач проти Туреччини*²⁰. Цей період можна охарактеризувати як період “підвищеного скептицизму” Суду щодо заперечень держав, які стосувалися необхідності втручання, яка стала очевидною в ряді таких справ, як наприклад, *Обсервер і Гардіан проти Сполученого Королівства*²¹, *BLUF v. Нідерландів*²², *Фогт проти Німеччини*²³. Зокрема, в таких справах держава загалом стверджує, що її представники не несуть відповідальності за обмеження прав особи, маючи широкі дискреційні повноваження на підставі захисту інтересів національної безпеки (наприклад, справа *Тсавачідіс проти Греції*²⁴).

Таким чином, межі розумного розсуду в питаннях національної безпеки вже розглядаються за іншими критеріями. У деяких справах Суд постановляє, що держава не може посилається на наявність “межі законного втручання”, особливо стосовно ситуацій

⁸ Див.: рішення Суду у справі *Pasko v. Russia*, no.69519/01 від 22 жовтня 2009р.

⁹ Рішення у справі *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, від 10 липня 1998р.

¹⁰ Рішення у справі *Lustig-Prean and Beckett v. the United Kingdom*, nos. 31417/96 and 32377/96 від 27 вересня 1999р.

¹¹ Рішення у справі *Klass and Others v. Germany*, no. 5029/71 від 6 вересня 1978р.

¹² Рішення у справі *Leander v. Sweden* від 26 березня 1987р.

¹³ Рішення у справі *Kruslin v. France* від 24 квітня 1990р.

¹⁴ Рішення Комісії у справі *Hewitt and Harman v. the United Kingdom*, no.12175/86 від 9 травня 1989р.

¹⁵ Рішення у справі *R.V. and others v. The Netherlands*, no.14084/88, 14195/88, 14109/88 та інші, Резолюція Комітету Міністрів Ради Європи від 20 червня 2007р.

¹⁶ Див.: *M.S. and P.S. v. Switzerland*, №10628/8310628/83, Комісія (Пленум), рішення від 14 жовтня 1985р.

¹⁷ Див.: *Л. проти Норвегії*, №13564/88, рішення Комісії від 8 червня 1990р.

¹⁸ Див. посилання 13.

¹⁹ Див.: *Christie v. The United Kingdom*, №21482/93, рішення Комісії (Пленум) від 27 червня 1994р.

²⁰ Див.: рішення Суду у справі *Kalaç v. Turkey*, №20704/92 від 1 липня 1997р.

²¹ Див.: рішення Суду у справі *Observer and Guardian v. the United Kingdom*, №13585/88 від 26 листопада 1991р.

²² Див.: рішення Суду у справі *Vereniging Weekblad Bluf v. The Netherlands*, №16616/90 від 9 лютого 1995р.

²³ Див.: рішення Суду у справі *Vogt v. Germany*, №17851/91 від 26 вересня 1995р.

²⁴ Див.: рішення Суду у справі *Tsavachidis v. Greece (strikingout)* [Велика Палата], №28802/95 від 21 січня 1999р.



абсолютних заборон (наприклад, *Шагал проти Сполученого Королівства*²⁵ щодо ст.3 Конвенції та “абсолютної заборони тортур”). В інших справах, у першу чергу щодо ст.6 Конвенції (“право на справедливий суд”), Суд значно обмежив межі розумного відступу, явно або неявно застосовуючи “найменш інтрузивні засоби” (наприклад, *Тінеллі і МакЕлдафф проти Сполученого Королівства*²⁶). З іншого боку, розглядаючи справи в галузі національної безпеки Суд зберіг і зміцнив свої стандарти, що стосуються виключно якості закону (*Копп проти Швейцарії*²⁷, *Ламберт проти Франції*²⁸, *Амман проти Швейцарії*²⁹, *Ротару проти Румунії*³⁰ та інші). Навіть щодо питання про ефективні засоби правового захисту, щонайменше, час від часу, Суд виявляє більше скептицизму щодо вимог держави (наприклад, *Чахал проти Сполученого Королівства*³¹).

ЄКПЛ є одним з небагатьох загальних стандартів, які застосовуються майже до всіх держав європейського географічного простору, за винятком Білорусії та Ватикану. Міжнародно-правовий інструментарій Конвенції є безцінним в якості “відправної точки” для вироблення загальних принципів підзвітності правоохоронних органів та інших органів держави, що здійснюють захист інтересів національної безпеки. Основні досягнення та здобутки Конвенції та практики Суду в цій галузі стосуються встановлення вимог у національному законодавстві щодо мінімального рівня передбачуваності дискреційних повноважень органів національної безпеки, зокрема щодо здійснення заходів негласного спостереження, негласного нагляду, вилучення інформації приватного характеру з каналів зв'язку, приватної кореспонденції, телефонних комунікацій, тобто т.зв. “втручання у приватність загалом”, а також реалізації інших заходів безпеки та нагляду в суспільстві.

Проте, мінімальний рівень захисту, що вимагається Конвенцією та практикою Суду, межі розумного розсуду, субсидіарність діяльності Суду та, певною мірою, обмежена компетенція і юрисдикція ЄСПЛ означають, що Конвенція має обмежені можливості для того, щоб використовуватись як загальний базис, у межах якого можна стверджувати про існування загальноєвропейських принципів підзвітності органів національної безпеки.

Загалом практика Суду визнає, що держави можуть мати певні – навіть досить широкі – межі свободи розсуду та міру свободи дій під час оцінки загроз національній безпеці, а також під час прийняття рішення щодо того, як боротися з такими реально існуючими явищами, як, наприклад, тероризм. Проте, практика Суду вимагає від держав певного рівня обґрунтування того, що заходи захисту інтересів національної безпеки мають реальне підґрунтя, а сама загроза, на яку посиляється держава має достатні підстави (*Яновець проти Російської Федерації*³² та *Костянтин Маркін проти Російської Федерації*³³). Там, де питання стосуються винятково якості закону, практика Суду протягом досить тривалого часу розвивається в напрямі оцінювання застосованих обмежувальних стандартів, з точки зору їх відповідності в першу чергу стандартам “якості закону”. Така практика Суду є досить обмежувальною стосовно держав³⁴.

Крім того, Суд ретельно перевіряє як необхідність втручання в певні права, так і співмірність такого втручання його законній меті, зокрема, інтересам національної безпеки. Але межі втручання держави у права особи на підставі інтересів національної безпеки, як зазначає сама практика Суду, не є однорідно широкими. У деяких випадках певні дії держави стосовно особи, як то застосування тортур, нелюдського поводження або покарання, є неприйнятними і таким чином “простору для маневру” у держави немає, в силу самого характеру норми абсолютної заборони у ст.3 Конвенції³⁵. В інших галузях Суд зміг значно обмежити свободу розсуду держави стосовно тих меж, які вона має, наприклад, щодо ст.6 Конвенції (“право на справедливий суд”), оскільки Суд дійшов висновку, що такі заходи меншою мірою обмежували свободи особи і відповідно не були настільки ж обтяжливими, не вступали в конфлікт з нормами-абсолютними заборонами (*Ван Мехелен проти Нідерландів*)³⁶. З іншого боку, такі

²⁵ Див.: рішення Суду у справі *Chahal v. The United Kingdom*, №22414/93 від 15 листопада 1996р.

²⁶ Див.: рішення Суду у справі *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, №20390/92 від 10 липня 1998р.

²⁷ Див.: рішення Суду у справі *Kopp v. Switzerland*, №23224/94 від 25 березня 1998р.

²⁸ Див.: рішення Суду у справі *Lambert v. France*, №23618/94 від 24 серпня 1998р.

²⁹ Див.: рішення Суду у справі *Amann v. Switzerland* [Велика Палата], №27798/95 від 16 лютого 2000р.

³⁰ Див.: рішення Суду у справі *Rotaru v. Romania* [Велика Палата], №28341/95 від 4 травня 2000р.

³¹ Див. посилання 26.

³² Див.: рішення Суду у справі *Janowiec and Others v. Russia* [GC], №№ 55508/07 and 29520/09 від 21 жовтня 2013р.

³³ Див.: рішення Суду у справі *Konstantin Markin v. Russia* [GC], №30078/06 від 22 березня 2012р.

³⁴ *National Security and European Case-Law*. – Report prepared by the Research Division of the Registry of the European Court of Human Rights, covering the Court's case-law (settled and pending cases) up to November 2013. Council of Europe / European Court of Human Rights, 2013.

³⁵ Див.: рішення Суду у справі *Chahal v. The United Kingdom*, посилання 26.

³⁶ Див.: рішення Суду у справі *Van Mechelen and Others v. The Netherlands*, №№ 21363/93, 21364/93, 21427/93 від 23 квітня 1997р. (справа стосувалася порушення ст.6 Конвенції в контексті неможливості допиту анонімних свідків співробітників поліції).

обмеження теж могли становити серйозні порушення права на справедливий суд, як не абсолютного права (*Індожал проти Туреччини*³⁷).

Суд у своїй практиці обрав підхід для звуження меж розумного відступу від зобов'язань відповідно до Конвенції в таких галузях, як свобода вираження поглядів у збройних силах певної країни (*Грігоріадес проти Греції*³⁸; *VDSÖ і Губі проти Австрії*³⁹) і приватного життя військовослужбовців (*Люстіг-Прант та Бекетт проти Сполученого Королівства*⁴⁰, *Сміт і Грейді проти Сполученого Королівства*⁴¹, *Костянтин Маркін проти Російської Федерації*⁴²), порівняно з його досить очевидною попередньою позицією щодо подібних скарг (*Хаджіанастасіу проти Греції*⁴³)⁴⁴.

Щодо практики Суду стосовно випадків таємного спостереження, ЄСПЛ є відносно гнучким у питанні визначення статусу потерпілого відповідно до ст.34 Конвенції, оскільки в цих випадках Суд дотримується точки зору, що закон, як чинний, так майбутній, повинен досить детально регламентувати питання, пов'язані з таємним спостереженням за особою⁴⁵.

Суд приділяє особливу увагу процедурним і процесуальним гарантіям, які повинні супроводжувати спостереження і ведення записів, а також можливості оскарження таких заходів, що можуть застосовуватися стосовно особи.

Стосовно вимоги, що втручання повинно бути необхідним у демократичному суспільстві, Суд зважає інтерес держави-відповідача в галузі захисту національної безпеки стосовно вагомості тверджень особи з приводу порушення права заявника на повагу до його приватного життя. Тобто **практика Суду вимагає створення адекватних та ефективних гарантій проти зловживань владою правоохоронними органами та органами, що здійснюють захист інтересів національної безпеки**. Здійснення нагляду має реалізовуватися та належати до повноважень державних судових органів, або принаймні здійснюватися незалежними контролюючими органами (*Класс та інші проти Німеччини*⁴⁶). Також необхідним з точки зору практики Суду є оцінка самої інформації та статусу осіб щодо яких здійснюється таке спостереження (стосовно випадків захисту прав "інформаторів" – *Букур і Тома проти Румунії*⁴⁷).



Загалом, щодо практики ЄСПЛ та інтересів національної безпеки можна зазначити, що практика Суду ставиться до цього питання нейтрально. В рішеннях Суду відбиваються ті мінімальні критерії "якості закону", які мають бути закладені в нормах національного законодавства, включно з питанням процедури та процесуального захисту в випадках втручання у права на приватність або обмеження права на свободу вираження поглядів. Суд не обійшов увагою і підхід до визначення того, наскільки широкими повинні бути дискреційні повноваження органів держави, що опікуються питаннями захисту інтересів національної безпеки, встановивши певні обмеження стосовно цих повноважень, які стосуються в першу чергу належного обґрунтування самого обмеження відповідного права. Практика Суду запровадила обмеження і щодо співмірності самого втручання стосовно деяких кваліфікованих прав, а також підкреслила абсолютну заборону свавільних дій держави стосовно будь-якої особи, навіть особи, яка підозрюється у терористичній діяльності. Ці питання вже частково розглядалися в практиці Суду стосовно України щодо таємниці листування та здійснення певних таємних слідчих дій⁴⁸. Рішення Суду по цих справах так само можуть служити джерелом правотворення та позитивних змін до судової та адміністративної практики в контексті їх наближення до європейських стандартів захисту національної безпеки та адаптації норм національного права до відповідної практики Європейського Суду з прав людини. ■

³⁷ Див.: рішення Суду у справі *Incal v. Turkey*, №22678/93 від 9 червня 1998р. (в контексті незалежності та неупередженості турецьких судів національної безпеки).

³⁸ Див.: рішення Суду у справі *Grigoriades v. Greece*, №24348/94 від 25 листопада 1997р.

³⁹ Див.: рішення Суду у справі *Vereinigung demokratischer Soldaten österreichs und Gubi v. Austria*, №15153/89 від 19 грудня 1994р.

⁴⁰ Див.: рішення Суду у справі *Lustig-Preanand Beckett v. The United Kingdom*, №№ 31417/96 та 32377/96 від 27 вересня 1999р.

⁴¹ Див.: рішення Суду у справі *Smithand Grady v. The United Kingdom*, №№ 33985/96 and 33986/96 від 27 вересня 1999р.

⁴² Див. посилання 34.

⁴³ Див.: рішення Суду у справі *Hadjianastassiou v. Greece*, №12945/87 від 16 грудня 1992р.

⁴⁴ *National Security and European Case-Law*, p.2.

⁴⁵ Там само.

⁴⁶ Див. посилання 34.

⁴⁷ Див.: рішення Суду у справі *Bucurand Toma v. Romania*, no.40238/02 від 8 січня 2013р.

⁴⁸ Див.: рішення Суду у справі *Vladimir Polishchuk and Svetlana Polishchuk v. Ukraine*, №12451/04 від 30 вересня 2010р. (щодо питань обшуку); *Dovzhenko v. Ukraine*, №36650/03 від 12 січня 2012р. (щодо втручання у право на приватність); *Belyaev and Digtyar v. Ukraine*, №16984/04, 9947/05 від 16 лютого 2012р. (щодо порушення права на приватність); *Shvydka v. Ukraine*, №17888/12 від 30 жовтня 2014р. (щодо порушення права на свободу вираження поглядів); *Bagiyeva v. Ukraine*, №41085/05 від 28 квітня 2016р. (щодо обшуку).

КОНСТИТУЦІЙНИЙ СУД УКРАЇНИ: МІЖ ПОСТРАДЯНСЬКИМ МИНУЛИМ ТА ЄВРОПЕЙСЬКИМ МАЙБУТНІМ



Петро СТЕЦЮК,
суддя Конституційного Суду України

Конституційні зміни в частині правосуддя¹ значним чином торкаються Конституційного Суду України – однієї з наймолодших національних державних інституцій, “гордо титулованої” свого часу конституцієдавцем як “єдиний орган конституційної юрисдикції в Україні” (ч.1 ст.147 Конституції). Прикметним є те, що конституційні зміни щодо цього органу вносяться не тільки до т.зв. базового розділу Основного Закону держави (“Розділу XII Конституційний Суд України”), але й до майже половини розділів Конституції, зокрема, до “Розділу II Права, свободи та обов’язки людини і громадянина”, “Розділу IV Верховна Рада України”, “Розділу V Президент України”, “Розділу VIII Правосуддя” та “Розділу XV Перехідні положення”. При цьому, в самому “Розділі XII Конституційний Суд України” змін зазнали всі без винятку статті (ст.ст.147-153), а сам “Розділ” доповнено чотирма новими статтями – 148¹, 149¹, 151¹ та 151². Все це, на перший погляд, свідчить про серйозні наміри глави держави спільно з Парламентом² змінити відповідні положення Основного Закону держави, насамперед, у частині безпосереднього функціонування Конституційного Суду. Однак, з іншого боку, очевидним є те, що визначальним у цьому процесі буде все таки не стільки механічна (зовнішня) зміна архітектури відповідних конституційних положень, як їх змістовне (сутнісне) наповнення. Саме аналіз останнього, як видається, може дати відповідь на питання щодо справжньої мети внесених конституційних змін і можливих перспектив подальшого розвитку інституту конституційного контролю в Україні як такого.

Слід зазначити, що сама ініціатива внесення змін до конституційних положень, якими визначаються засади діяльності Конституційного Суду, не викликала в українському суспільстві якогось особливого занепокоєння (на відміну від того, як це мало місце з конституційними ініціативами глави держави щодо децентралізації влади). Однією з причин такого суспільного ставлення небезпідставно називають діяльність самого Конституційного Суду, яка викликала багато питань як у науково-експертному середовищі, так і серед звичайних громадян. Майже “хрестоматійним” у цьому

плані стало Рішення КСУ у справі щодо строків перебування на посту Президента України³.

Ситуація навколо Конституційного Суду різко загострилася в період 2010-2013рр., коли деякі його рішення не лише дивували українське суспільство, але й зародили сумніви в доцільності існування в Україні саме такого “єдиного органу конституційної юрисдикції”. Йдеться, насамперед про Рішення у справі щодо можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України⁴,

¹ Закон України “Про внесення змін до Конституції (щодо правосуддя)” проголосований 2 червня 2016р., зміни набудуть чинності у вересні 2016р.

² Висновок Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України №1 від 20 січня 2016р. – Сайт КСУ, <http://ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=301294>.

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями 53 і 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 103 Конституції України (справа щодо строків перебування на посту Президента України) (№22 від 25 грудня 2003р.). – Сайт КСУ, <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v022p710-03>.

⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 68 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини шостої статті 83 Конституції України, частини четвертої статті 59 Регламенту Верховної Ради України стосовно можливості окремих народних депутатів України брати безпосередню участь у формуванні коаліції депутатських фракцій у Верховній Раді України №11 від 6 квітня 2010р. – Вісник Конституційного Суду України, 2010, №3, с.44-50.

Рішення у справі про додержання процедури внесення змін до Конституції України⁵, Рішення у справі щодо офіційного тлумачення положень ст.1, частин першої, другої, третьої ст.95, частини другої ст.96, пунктів 2, 3, 6 ст.116, частини другої ст.124, частини першої ст.129 Конституції України, пункту 5 частини першої ст.4 Бюджетного кодексу України, пункту 2 частини першої ст.9 Кодексу адміністративного судочинства України в системному зв'язку з окремими положеннями Конституції України⁶ та інші.

Очевидним ставало те, що така діяльність єдиного органу конституційної юрисдикції як мінімум не сприяла утвердженню України як демократичної соціальної та правової держави (ст.1 Конституції). Крім того, ситуацію навколо Конституційного Суду не прикрашала і тогочасна практика добору кандидатів на посаду судді Конституційного Суду та їх призначення. Останнє дуже швидко призвело до надмірної залежності єдиного органу конституційної юрисдикції від глави держави та його найближчого оточення. Давалися взнаки також і пережитки попередньої політичної системи, характерні для органів конституційної юстиції майже всіх пострадянських республік. Тому **реформування Конституційного Суду, особливо після Революції Гідності, було тільки питанням часу.**

Варто зазначити, що закладена конституцієдавцем у 1996р. конституційно-правова основа організації та функціонування Конституційного Суду передбачала наділення його повноваженнями, які загалом відповідають сутності аналогічних органів у зарубіжних країнах. В їх основу було покладено т.зв. “традиційні” або “класичні” повноваження органів конституційної юрисдикції країн континентальної Європи. В нашому випадку, до них, зокрема, можна віднести повноваження щодо вирішення питання про конституційність законів та інших правових актів Парламенту, актів глави держави та Уряду. Реалізація саме цих повноважень, на думку вітчизняних вчених, становить зміст явища судового конституційного контролю в Україні у т.зв. вузькому значенні цього поняття, а сама оцінка відповідних правових актів стосовно їх відповідності конституції – пропонується

вважати основною (титальною) функцією органів конституційної юрисдикції як таких⁷. До групи “традиційних” повноважень також можна віднести і можливість Конституційного Суду офіційно тлумачити положення Конституції.

Однак, Конституційний Суд має й інші повноваження, які можна умовно назвати “національними особливостями” здійснення конституційного контролю як такого. Зокрема, йдеться про можливість надання ним висновків щодо відповідності Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради для надання згоди на їх обов'язковість, про надання висновку щодо додержання конституційної процедури розслідування і розгляду справи про усунення Президента з поста в порядку імпічменту, про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції вимогам статей 157 і 158 Основного Закону держави, про можливість тлумачення законів України⁸.

З усіх цих повноважень, як показує практика діяльності Конституційного Суду, найбільш вразливим було саме останнє – “тлумачення законів”. Вдаючись до такої дії, єдиному органу конституційної юрисдикції не завжди вдавалося чітко дотриматися лінії розмежування (кордону) між самим тлумаченням та фактичним створенням нової норми. Такі ситуації часто могли спричинити розбалансування усталеної системи правового регулювання відповідних суспільних відносин. Прикладів останнього більш ніж достатньо. Можна пригадати, зокрема, такі рішення КС, як у справах за конституційним зверненням АТ “Страхова компанія “Аванте”⁹, за конституційним зверненням приватного підприємства “ІКІО”¹⁰, за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини другої ст.136, частини третьої ст.141 Конституції України, абзацу першого частини другої ст.14 Закону України “Про вибори депутатів”¹¹ та інші. На негативні наслідки можливої реалізації таких рішень єдиного органу конституційної юрисдикції неодноразово звертали увагу і самі судді Конституційного Суду у своїх окремих думках¹².

⁵ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 252 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України “Про внесення змін до Конституції України” від 8 грудня 2004р. №2222 (справа про додержання процедури внесення змін до Конституції України) №20 від 30 вересня 2010р. – Вісник Конституційного Суду України, 2010, №5.

⁶ Вісник Конституційного Суду України, 2012, №2, с.25-33.

⁷ Шаповал В.М., Скомороха В.Є. Конституційний Суд України. – Юридична енциклопедія, т.6 (Редкол.: Ю.Шемшученко (голова редкол.) та ін.), с.283.

⁸ Закон України “Про Конституційний Суд України”.

⁹ Рішення у справі за конституційним зверненням Акціонерного товариства “Страхова компанія “Аванте” щодо офіційного тлумачення положень частини другої ст.1 Закону України “Про систему оподаткування”, ст.15 Закону України “Про оподаткування прибутку підприємств” №5 від 16 лютого 2010р.

¹⁰ Рішення у справі за конституційним зверненням приватного підприємства “ІКІО” щодо офіційного тлумачення положення частини першої ст.61 Сімейного кодексу України №17 від 19 вересня 2012р.

¹¹ Рішення у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини другої ст.136, частини третьої ст.141 Конституції України, абзацу першого частини другої ст.14 Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” №2 від 29 травня 2013р.

¹² Окрема думка судді Конституційного Суду України Шишкіна В. І. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Акціонерного товариства “Страхова компанія “Аванте” щодо офіційного тлумачення положень частини другої статті 1 Закону України “Про систему оподаткування”, ст.15 Закону України “Про оподаткування прибутку підприємств” (№5 від 16 лютого 2010р.). – Сайт КСУ, <http://ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=98276>; окрема думка судді Конституційного Суду України Стецюка П.Б. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 48 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень частини другої ст.136, частини третьої ст.141 Конституції України, абзацу першого частини другої ст.14 Закону України “Про вибори депутатів Верховної Ради Автономної Республіки місцевих рад та сільських, селищних, міських голів” (№2 від 29 травня 2013р.). – Там само, <http://ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=201939>.



Можливо саме тому, такого повноваження [право органу конституційного контролю тлумачити закони] майже немає в сучасній європейській практиці. Натомість, зарубіжні країни мають інститут “конституційної скарги”, який до внесених конституційних змін не був передбачений українським законодавством. Його, т.зв. прихована форма (можливість тлумачення правових норм за зверненням громадян на основі реалізації положень ст.94 Закону України “Про Конституційний Суд України”) була достатньо складною для реалізації, нормативно до кінця не виписаною, і часто – просто не реалізувалася Конституційним Судом з причин, далеких від об’єктивного характеру¹³.

Сама ідея запровадження інституту конституційної скарги в Україні є за своєю внутрішньою сутністю не тільки прогресивною, але й такою, що безпосередньо відповідає головному функціональному призначенню органу конституційного контролю в сучасній конституційній державі, а саме – захисту прав і свобод людини. Ця теза прямо стосується і України, оскільки завданням Конституційного Суду визначено “гарантування верховенства Конституції України як Основного Закону держави на всій її території” (ст.2 Закону “Про Конституційний Суд України”).

Водночас, саме “права і свободи людини та їх гарантії” повинні визначати зміст і спрямованість діяльності Української держави (ч.2 ст.3 Конституції). Звідси, цілком логічним є як безпосереднє закріплення самого права на конституційну скаргу в ст.55 Основного Закону, доповнивши її окремою частиною (“кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених цією Конституцією, та в порядку, визначеному законом”), так і виклад змісту явища конституційної скарги в базовому (для КСУ) розділі Конституції. Розділ XII Конституції України (“Конституційний Суд України”) доповнено окремою статтею 151¹ наступного змісту “Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України (конституційність) закону

України за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України. Конституційна скарга може бути подана в разі, якщо всі інші національні засоби юридичного захисту вичерпано”. Тому, **запровадження в Україні інституту конституційної скарги, так само як і вилучення з повноважень Конституційного Суду права тлумачити закони України, можна розглядати загалом як позитивні сторони Закону “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”**.

Позитивним слід розглядати також вилучення з тексту Конституції положень про звільнення Верховною Радою та Президентом – “третьої складу Конституційного Суду України” (п.26 ст.85 та п.22 ст.106 Конституції). Слід пригадати, що ще в 1996р., приймаючи Основний Закон, конституцієдавцем було передбачено певну систему конституційно-правових гарантій незалежності суддів Конституційного Суду. Їх, відповідно до ч.2 ст.148 Конституції, призначали (по шість суддів) Президент, Верховна Рада та з’їзд суддів України. Натомість, про звільнення суддів Конституційного Суду нічого не говорилося ні на рівні Конституції, ні на законодавчому рівні. Положеннями Закону “Про Конституційний Суд України” (в редакції від 16 жовтня 1996р.) було передбачено, що “рішення про припинення повноважень судді Конституційного Суду України приймається на засіданні Конституційного Суду України (ч.2 ст.23 Закону “Про Конституційний Суд України”). І тільки у випадках порушення суддею умов несумісності з перебуванням на його посаді судді (ч.2 ст.16 Закону “Про Конституційний Суд України”), чи порушення суддею присяги – рішення про припинення його повноважень мало прийматися Верховною Радою (незалежно від того, хто призначив цю особу на посаду судді Конституційного Суду). Така система, насамперед, виглядала як певна гарантія забезпечення безпосередньої незалежності суддів Конституційного Суду від тих органів, які їх призначили на посаду.

Однак, під час внесення змін до Конституції у 2004р., п.26 ст.85 та п.22 ст.106 Конституції України було викладено таким чином, що до повноважень Верховної Ради стали належати “призначення на посади та звільнення з посад третьої складу Конституційного Суду України”, а Президент відповідно отримував право не тільки “призначати на посади”, але й “звільняти з посад третину складу Конституційного Суду України”. Негативні наслідки таких нововведень не змусили себе довго чекати. У пік загострення політичної кризи 2006-2007рр., саме Указами Президента було достроково звільнено з посад кількох суддів Конституційного Суду, з пізнішими змінами текстів цих Указів глави держави¹⁴.

¹³ Ухвала Конституційного Суду України про припинення конституційного провадження у справі за конституційним зверненням громадянина Тропанця Євгена Анатолійовича щодо офіційного тлумачення положень пункту 13 частини першої ст.293, пункту 2 частини першої ст.324 Цивільного процесуального кодексу України у взаємозв’язку з положеннями пунктів 2, 8 частини третьої ст.129 Конституції України. Окрема думка судді Стецюка П.Б. до Ухвали Конституційного Суду України №24/2011. – Сайт КСУ, <http://www.ccu.gov.ua/docs/1749>.

¹⁴ Укази Президента України “Про звільнення С.Станік з посади судді Конституційного Суду України” №370 від 1 травня 2007р., “Про звільнення В.Пшеничного з посади судді Конституційного Суду України” №369 від 30 квітня 2007р., “Про звільнення В.Іващенко з посади судді Конституційного Суду України” №529 від 14 червня 2007р.

Не викликає явних заперечень вилучення з тексту Конституції ч.3 ст.123 (“судочинство здійснюється Конституційним Судом України та судами загальної юрисдикції”) та ч.1 ст.147 (“Конституційний Суд України є єдиним органом конституційної юрисдикції в Україні”).

Загалом позитивним (виходячи з реалій сьогодення, рівня політико-правової культури, досвіду становлення інституту конституційного контролю в Україні і т.д.) **можна оцінити доповнення ст.147 Конституції новою частиною, яка визначає принципи діяльності Конституційного Суду України.** Так, конституційне закріплення принципу “гласності” в діяльності єдиного органу конституційної юрисдикції, як видається, може покласти край негативній практиці надмірного захоплення щодо проведення засідань Конституційного Суду у т.зв. “письмовій (фактично – закритій) формі”. Адже, така форма засідань передбачена тільки Регламентом Конституційного Суду України (§30. Форми розгляду справ на пленарному засіданні Конституційного Суду України)¹⁵, тоді ж як Основним Законом прямо встановлено, що “порядок організації і діяльності Конституційного Суду України, процедура розгляду ним справ визначаються законом” (ст.153). Водночас, закріплення на конституційному рівні такого “принципу” діяльності Конституційного Суду як “обов’язковість ухвалених ним рішень і висновків” – викликає певне здивування.

Можливо найбільшим недоліком (чи радше – невинуватим суспільним очікуванням щодо змін на краще) **внесених доповнень безпосередньо в частині функціонування Конституційного Суду – є збереження без змін існуючої системи формування Конституційного Суду.** Встановлений 20 років тому порядок формування Конституційного Суду шляхом призначення Президентом, Верховною Радою та з’їздом суддів України “по шість суддів Конституційного Суду України” – не виправдав очікуваних позитивних надій. Цей порядок жодним чином не забезпечив ні т.зв. рівного представництва інтересів різних гілок влади в єдиному органі конституційної юрисдикції, не убезпечив його від надмірної політизації самої процедури призначення суддів, і фактично залишив поза процесом призначення суддями Конституційного Суду науковців, зокрема вчених-конституціоналістів.

Запроваджені новели в частині “вимог” до кандидатів на посаду суддів Конституційного Суду, як видається, не зможуть вирішити на якісно новому рівні жодних принципових питань. У ст.149 Конституції встановлено, що “суддею Конституційного Суду України може бути громадянин України, який володіє державною мовою, на день призначення досяг сорока років, має вищу юридичну освіту і стаж професійної діяльності у сфері права щонайменше 15 років, високі моральні якості та є правником із визнаним рівнем компетентності”. Останні (з черги) вимоги до кандидата на посаду судді Конституційного Суду – наявність “високих моральних

якостей” та вимога бути “правником із визнаним рівнем компетентності” – загалом не викликають якихось серйозних застережень із морально-етичної сторони. Проте, їх безпосередній виклад (формулювання) містить у собі явно ознаки оціночного характеру, а отже – є потенційно наближеними до проблеми “правової визначеності”.

Така сама проблема (правової визначеності) “присутня” у положеннях щодо підстав для звільнення судді Конституційного Суду з посади. Зокрема, йдеться про можливість звільнення судді Конституційного Суду з посади у випадку “вчинення ним істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування своїми обов’язками, що є несумісним зі статусом судді Суду або виявило його невідповідність займаній посаді” (п.3 ч.2 ст.149¹ Закону).

Не зрозумілою загалом є логіка збільшення верхньої межі вікового цензу перебування судді Конституційного Суду на посаді з 65 до 70 років. Такий підхід, як видається, не вирішує жодного принципового (з об’єктивної точки зору) питання, не відповідає практиці сучасного європейського конституціоналізму та, певним чином, є контрпродуктивним з огляду на вкрай низьку середню тривалість життя в Україні.

Внесені до Конституції України зміни в частині правосуддя, як на мене, містять низку й інших, загалом позитивного плану, новел. Останнє, зокрема, стосується покращення фінансування Конституційного Суду (ст.148¹) та забезпечення незалежності і недоторканності судді Конституційного Суду (ст.149), встановлення права Конституційного Суду надавати “за зверненням Президента України або щонайменше сорока п’яти народних депутатів України висновки про відповідність Конституції України (конституційність) питань, які пропонуються для винесення на всеукраїнський референдум за народною ініціативою” (ст.151), а також – визначення того, що безпосередній “порядок організації та діяльності Конституційного Суду, статус суддів, підстави і порядок звернення до Суду, процедура розгляду ним справ і виконання рішень Суду визначаються Конституцією України та законом” (ст.153).

Усі ці позитивні новели мають належним чином прислужитися дальшому розвитку інституту конституційного контролю в Україні, а також наблизити “європейське” майбутнє Конституційного Суду України. Оскільки конституція, конституційна держава, конституціоналізм – це витвори європейської політичної та правової культури. І базові інститути сучасної конституційної держави, яким безперечно є і інститут конституційного контролю, можуть мати майбутнє лише у своєму природному суспільно-політичному та ментально-правовому середовищі.

Європейське майбутнє Конституційного Суду України – це, насамперед, відкритість (публічність) його діяльності, це “присутність” у його рішеннях суспільної справедливості та збільшення уваги до питання гідності людини. ■

¹⁵ Регламент Конституційного Суду України. – Сайт КСУ, <http://ccu.gov.ua/doccatalog/document?id=10715>.

СКОРОЧЕННЯ СОЦІАЛЬНИХ ВИПЛАТ І ПЕНСІЙ: КОНСТИТУЦІЯ УКРАЇНИ ТА ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ



Алла ФЕДОРОВА,
доцент кафедри порівняльного та європейського права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Т.Шевченка

Соціально-економічні права людини, маючи складну та тривалу історію визнання їх важливого значення та цінності, відображені в конституціях переважної більшості держав світу поряд з громадянськими та політичними правами, адже всі права є універсальними, неподільними, взаємозалежними, непорушними та однаково необхідними для гармонійного розвитку особистості. Сьогодні соціально-економічні права є одним з конституційних індикаторів соціальної держави, показником ефективності всієї системи прав людини та важливим критерієм оцінки функціонування держави¹. Конституція України, закріпивши широкий перелік соціально-економічних прав та проголосивши державу соціальною, визнала тим самим свою відповідальність та зобов'язання перед суспільством щодо вирішення головного завдання у сфері соціальної політики – забезпечення гідного життя та розвитку кожному члену цього суспільства.

У ст.22 Конституції закріплено, що під час прийняття нових або внесенні змін до чинних законів, не допускається звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод, у т.ч., соціально-економічних. Разом з тим, права людини є предметом багатьох обмежень, за винятком прав, обмеження яких не допускається навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану (ст.64 Конституції). Більшість статей Конституції, які закріплюють саме соціально-економічні права у цьому переліку не містяться. Відображаючи соціально-економічні права людини у конституціях та передбачаючи водночас можливість їх обмеження, держави часто підкреслюють прямо або опосередковано залежність виконання зобов'язань щодо соціально-економічних прав від економічного стану та фінансових можливостей держави.

Україна не є винятком. Розуміння змісту ст.22 Конституції стосовно недопущення звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод у соціальному контексті неодноразово ставало предметом гострих дискусій в українському суспільстві та тлумачилося Конституційним Судом України. Так, у рішенні у справі щодо стажу наукової роботи від 19 червня 2001р.² Конституційний Суд зазначав, що право на пенсію, її розмір та суми виплат можна пов'язувати з фінансовими можливостями держави, з економічною доцільністю, соціально-економічними обставинами у той чи інший період її розвитку.

Пізніше, Конституційний Суд підтвердив сформульовану позицію у рішенні про страхові виплати від 8 жовтня 2008р., визнавши, що “види і розміри

¹ Колотова Н.В. Социально-экономические права: особенности конституционного регулирования и защиты. – Общественные науки и современность, 2013г., №4, с.67-77.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 93 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення абзацу другого пункту 2 про визначення стажу наукової роботи “з дати присудження наукового ступеня або присвоєння вченого звання” Постанови Кабінету Міністрів України “Про перелік посад наукових працівників державних наукових установ, організацій та посад науково-педагогічних працівників державних вищих навчальних закладів III-IV рівнів акредитації, перебування на яких дає право на одержання пенсії та грошової допомоги при виході на пенсію відповідно до Закону України “Про наукову і науково-технічну діяльність” від 27 травня 1999р. (справа щодо стажу наукової роботи) №9 від 19 червня 2001р.

соціальних послуг та виплат потерпілим... встановлюються державою з урахуванням її фінансових можливостей”³. Разом з тим, різні точки зору висловлювалися суддями в окремих думках⁴ до цього рішення стосовно правової природи виключення права потерпілих від нещасних випадків на виробництві або професійних захворювань на відшкодування моральної шкоди за рахунок Фонду, яке вони мали раніше.

У п.4 рішення Конституційного Суду від 11 жовтня 2005р. у справі про рівень пенсії й щомісячного довічного грошового утримання, прямо зазначено, що зміст прав і свобод людини – це умови й засоби, які визначають матеріальні та духовні можливості людини, необхідні для задоволення потреб її існування й розвитку. Обсяг прав людини – це кількісні показники відповідних можливостей, які характеризують його множинність, величину, інтенсивність і ступінь прояву та виражені в певних одиницях виміру. Звуження змісту прав і свобод означає зменшення ознак, змістовних характеристик можливостей людини, які відображаються відповідними правами та свободами, тобто якісних характеристик права. Звуження обсягу прав і свобод – це зменшення кола суб’єктів, розміру території, часу, розміру або кількості благ чи будь-яких інших кількісно вимірюваних показників використання прав і свобод, тобто їх кількісної характеристики⁵.

Розуміння звуження змісту та обсягу прав і свобод як їх обмеження було надано також у рішенні Конституційного Суду від 22 вересня 2005р. у справі про постійне користування земельними ділянками⁶, а обсяг прав людини охарактеризовано як їх сутнісну властивість, виражену кількісними показниками можливостей людини, які відображені відповідними правами, що не є однорідними і загальними. Посилаючись на зазначене рішення 2005р., Конституційний Суд у рішенні у справі щодо предмету та змісту закону про Державний бюджет України встановив, що зменшення заробітної плати суддів у зв’язку зі змінами в порядку нарахування надбавки за вислугу років, є зниженням існуючих гарантій та,



відповідно, таким, що суперечить вимогам ст.22 Конституції⁷. Водночас, в окремій думці судді В.Кампа наголошувалося, що далеко не всі соціальні права в Конституції визначені із зазначенням конкретних обов’язків держави щодо їх забезпечення, а при розгляді цієї справи Конституційним Судом взагалі не дотримано принципу пропорційності між соціальним захистом громадян та фінансовими можливостями держави, між інтересами кожної особи та держави. Крім того, суб’єкти права на конституційне подання завжди будуть невдоволені рівнем соціального захисту громадян у Законі про державний бюджет, але їх вимоги Конституційний Суд повинен співвідносити із законодавчо визначеними фінансовими можливостями держави⁸.

Аналізуючи позицію суддів КС стосовно фінансової спроможності держави забезпечити визнані в Конституції соціальні права та тлумачення ст.22 Конституції, необхідно підкреслити, що у рішенні у справі про рівень пенсії й щомісячного довічного грошового утримання⁹ було підкреслено важливість закріплення у Конституції правових гарантій, правової визначеності та пов’язаної з ними передбачуваності законодавчої політики у сфері пенсійного

³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень підпункту “б” підпункту 4 пункту 3 статті 7 Закону України “Про страхові тарифи на загальнообов’язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності”, п.1, абзацу третього п.5, п.9, абзаців другого, третього п.10, п.11 розділу I Закону України “Про загальнообов’язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності” (справа про страхові виплати) №20 від 8 жовтня 2008р.

⁴ Див. зокрема: Окрема думка судді Конституційного Суду України Маркуш М.А. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі про страхові виплати. – Сайт Верховної Ради України, <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-08>.

⁵ Рішення Конституційного суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України та 50 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень абзаців третього, четвертого пункту 13 розділу XV “Прикінцеві положення” Закону України “Про загальнообов’язкове державне пенсійне страхування” та офіційного тлумачення положення частини третьої статті 11 Закону України “Про статус суддів” (справа про рівень пенсії й щомісячного довічного грошового утримання) №8 від 11 жовтня 2005р.

⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 92, пункту 6 розділу X “Перехідні положення” Земельного кодексу України (справа про постійне користування земельними ділянками) №5 від 22 вересня 2005р.

⁷ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень ст.65 розділу I, п.п.61, 62, 63, 66 розділу II, п.3 розділу III Закону України “Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України” і 101 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст.67 розділу I, п.п.1-4, 6-22, 24-100 розділу II Закону України “Про Державний бюджет України на 2008 рік та про внесення змін до деяких законодавчих актів України” (справа щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України) №10 від 22 травня 2008р.

⁸ Окрема думка судді Конституційного Суду України Кампа В.М. стосовно Рішення Конституційного Суду України у справі щодо предмета та змісту закону про Державний бюджет України від 22 травня 2008р. – Сайт Верховної Ради України, <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-08/page2>.

⁹ Див. посилання 5.

забезпечення, для того, щоб учасники відповідних правовідносин мали можливість завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх законних очікуваннях, що набуте ними на підставі чинного законодавства право, його зміст та обсяг буде ними реалізовано, тобто набуте право не може бути скасоване, звужене. Виходячи з наведеного, можна припустити, що **особа може розраховувати щонайменш на той рівень і розмір підтримки державою, який встановлено чинним законодавством.** Таке розуміння ст.22 знаходило підтримку серед українських юристів і практиків¹⁰.

Інша точка зору була сформульована в рішенні КСУ від 26 грудня 2011р. щодо відповідності Конституції України (конституційності) певних положень Закону України “Про Державний бюджет України на 2011 рік”¹¹. КС визнав конституційним встановлення Кабінетом Міністрів порядку та розміру соціальних виплат і пенсій окремим категоріям громадян, зокрема, постраждалим від Чорнобильської катастрофи, виходячи з наявного фінансового ресурсу бюджету Пенсійного фонду України. У рішенні також визначалося, що розміри соціальних виплат залежать від соціально-економічних можливостей держави, проте мають забезпечувати конституційне право кожного на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім’ї, гарантоване ст.48 Конституції. З іншого боку, в контексті пенсійної реформи 2011р. головним аргументом противників реформи було посилення також на ст.22 Конституції та твердження про звуження змісту та обсягу існуючих прав у разі запровадження запланованих змін¹².

Таким чином, питання стосовно тлумачення зобов’язань держави в соціальній сфері та балансу між забезпеченням соціальних прав і фінансовими можливостями держави неодноразово розглядалося Конституційним Судом. Тому питання стосовно правомірності дій Уряду та парламентарів зі зменшення та/або скасування певних соціальних виплат і пенсій, основним аргументом відповідних рішень якого є фінансові можливості держави, без обов’язку пояснювати виділення державних коштів на інші цілі, залишається відкритим.

У контексті відсутності єдиної послідовної позиції КС у цьому питанні доцільним є аналіз практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), яка, відповідно до Закону України від 2006р. “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини” є джерелом права в Україні.

Завдяки розширеному еволюційному динамічному тлумаченню ЄСПЛ положень Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (ЄКПЛ), сфера дії Конвенції поширена на значне коло соціально-економічних прав, які текстуально в ній не відображені. Незважаючи на відсутність соціальних прав у Конвенції та протоколах до неї, склалося сприйняття ЄКПЛ як унікального дієвого механізму захисту багатьох груп і категорій прав, у т.ч. пов’язаних із соціальними виплатами та пенсіями. Такі категорії справ, як правило, розглядаються в рамках ст.1 Протоколу 1 до ЄКПЛ, що закріплює право на мирне володіння майном та включає до змісту право на пенсію та інші виплати з системи соціального забезпечення. Причому, у рішенні ЄСПЛ у справі “Стек та інші проти Сполученого Королівства”¹³ було встановлено остаточну відмову від розмежування між соціальним виплатами, заснованими на індивідуальних внесках, та виплатами, які на них не базуються, для оцінки застосування ст.1 Протоколу 1 ЄКПЛ. Було також визнано, що під час створення державою пенсійної системи, індивідуальні права та інтереси, які випливають з неї, відносяться до сфери дії ст.1 Протоколу 1 незалежно від сплати внесків і коштів, за рахунок яких фінансується пенсійна система.

Водночас, побудова системи соціального захисту визнається сферою розсуду держави. Так, поступово розширюючи тлумачення ст.1 Протоколу 1 до ЄКПЛ, Європейський суд не змінював важливе правило щодо самостійного вирішення державами питання формування та функціонування систем соціального забезпечення, яке було чітко викладено в рішенні у справі “Стек та інші проти Сполученого Королівства”¹⁴ та багато разів підтверджено, в т.ч. у практиці стосовно України (зокрема, у рішенні “Суханов та Ільченко проти України”¹⁵, “Сук проти України”¹⁶). У рішенні у справі “Сук проти України” ЄСПЛ підтвердив, що держава може запровадити, призупинити або припинити відповідні виплати, впроваджуючи законодавчі зміни. Однак, якщо законодавча норма, яка передбачає певні доплати, є чинною, а передбачені умови – дотриманими, державні органи не можуть відмовляти особам у їх наданні, доки законодавче положення залишається чинним. Підтверджуючи відсутність у рамках ст.1 Протоколу 1 обмежень свободи держав вирішувати, мати чи ні будь-яку форму системи соціального забезпечення та обирати вид або розмір виплат за такою системою, Суд чітко підкреслив обов’язок держави вважати чинне

¹⁰ Зокрема, Г.Климович стверджувала, що гарантування у ст.22 не звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод під час прийняття нових законів або змін до чинних законів означає, що держава за жодних обставин (окрім передбачених ст.64 Конституції України) не може звузити, зменшити чи скасувати вже існуючі у людини права, в т.ч., право на отримання у повному обсязі призначеної пенсії. Див.: Климович Г. Оподаткування пенсій грубо порушує Конституцію України. – Слово і діло, 2 червня 2015р., <http://www.slovoidilo.ua/2015/06/02/novyna/pravo/opodatkovannya-pensij-hruboporushuye-konstytucziyu-ukrayiny-ekspert>.

¹¹ Рішення Конституційного Суду України №1-42 від 26 грудня 2011р. щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 розділу VII “Прикінцеві положення” Закону України “Про Державний бюджет України на 2011 рік”. – Сайт КСУ, <http://www.ccu.gov.ua/uk/doccatalog/list?currDir=166235>.

¹² Ільків А. Конституцією слід або керуватися, або відмінити. – Українська правда, <http://www.pravda.com.ua/columns/2010/12/10/5662180>.

¹³ *Stec and Others v. the United Kingdom*, рішення Великої палати від 12 квітня 2006р.

¹⁴ Там само.

¹⁵ Суханов та Ільченко проти України, рішення від 26 червня 2014р. – Сайт Верховної Ради України, http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_a16.

¹⁶ Сук проти України від 10 березня 2011р. – Там само, http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_715.

законодавство, яке передбачає виплату в якості права на отримання соціальної допомоги (обумовлене попередньою сплатою внесків чи ні), таким, що передбачає майнове право, в рамках ст.1 Протоколу 1 стосовно осіб, які відповідають встановленим таким законодавством вимогам.

У цілому, питання реформування та зміни національного соціального законодавства, в т.ч. пенсійного, що призводять до зменшення розміру виплат, скасування певного виду виплат неодноразово розглядалися ЄСПЛ.

Так, у рішенні ЄСПЛ у справі “*Airey v. Ireland*” 1979р.¹⁷, було визнано залежність реалізації соціально-економічних прав від становища в державах, особливо фінансового. До речі, на це рішення посилався КС у рішенні 2011р. (яке згадувалося вище). КС згадував також рішення у справі “*К’яртан Асмундссон проти Ісландії*”¹⁸, що стосувалася зменшення розмірів пенсійних виплат для моряків. Заявник у справі скаржився на запровадження нових правил оцінки інвалідності у зв’язку з фінансовими проблемами пенсійного фонду моряків. Оцінена раніше інвалідність заявника у 100% через неможливість виконувати роботу, яку він виконував до нещасного випадку, була заново переоцінена у 25%. Головним фактором оцінки за новими правилами була можливість виконання будь-якої роботи, а не тієї, що виконувалася раніше. Інвалідність менша 35% не передбачала виплату пенсії зовсім, що й надало можливість фонду позбавити заявника пенсії. ЄСПЛ визначив, що законний інтерес фонду щодо вирішення фінансових проблем, є не сумісним з тим фактом, що тільки 54 особи було позбавлено пенсії, тоді як решта 689 продовжували її отримувати на тому ж самому рівні, як і до запровадження нових правил. Відповідно, було констатовано порушення ст.1 Протоколу 1 до Конвенції. Однак, Суд наголосив, що позбавлення пенсії необхідно відрізнити від недискримінаційного, пропорційного та розумного зменшення розміру пенсії, що, теоретично, надало б можливість по-іншому розглядати відповідну справу.

Також у зазначеному рішенні ЄСПЛ підтвердив сформульовану раніше позицію, що право на пенсію та інші виплати з системи соціального забезпечення не можна тлумачити відповідно до ст.1 Протоколу 1 до ЄКПЛ як таке, що надає особі право на пенсію певного розміру. Хоча, суттєве скорочення цього розміру може вважатися таким, що справляє вплив на сутність цього права.

Правомірність скорочення розміру виплат на недискримінаційній основі була детально проаналізована та викладена в рішенні у справі “*Хонякіна проти Грузії*”¹⁹. Суд визнав, що зменшення або припинення виплати пенсії колишнім суддям Верховного суду Грузії становить втручання держави в реалізацію права на мирне володіння майном, яке однак може бути виправданим (якщо є законним, переслідує законну мету, пропорційним, дотримано справедливий баланс між загальним інтересом та вимогами захисту індивідуальних прав тощо), що й було встановлено Судом. Утім, тільки суддя А.Гюлумян в окремій думці звертала увагу, що держава-відповідач не



продемонструвала зовсім, якою мірою стабільність бюджету може бути поставлена під загрозу у випадку сплати пенсії у підвищеному розмірі 21 особі²⁰.

У справі “*Бакрадзе проти Грузії*”²¹ ЄСПЛ розглядав питання скорочення розміру пенсійних виплат колишнім працівникам прокуратури у зв’язку з реформуванням відповідного законодавства. Причому, зміни мали ретроспективний характер, стосуючись як майбутніх пенсіонерів, так і тих, кому пенсія у розмірі окладу прокурорів відповідного рівня була вже встановлена пожиттєво. Суд підтвердив позицію, надану в рішенні у справі Хонякіної, що встановлені законом пенсійні правила та процедури можуть змінюватися, в т.ч. за рахунок прийняття нових ретроспективних положень.

У справі “*Січопек та 1 627 інших заявників проти Польщі*”²² Суд знов наголосив, що проведення пенсійної реформи, наслідком якої було скорочення розмірів виплат (більш ніж у двічі для першого заявника) для колишніх функціонерів державної служби безпеки зі зниженням пенсійного коефіцієнту в період роботи в службі безпеки під час комуністичного режиму, може вважатися виправданою, якщо реформою переслідувалася законна мета для забезпечення більшої справедливості пенсійної системи; для припинення пенсійних привілеїв, якими користуються окремі групи та категорії пенсіонерів (зокрема, члени колишньої комуністичної політичної поліції). Одним з головних критеріїв, які бралися Судом до уваги, було не накладення в цілому схемою пенсійного скорочення надмірного тягаря на заявників. Водночас, деталізацію та тлумачення надмірного тягаря для пенсіонера у випадку зменшення розміру пенсії більш ніж удвічі, ЄСПЛ не надав.

Позиція ЄСПЛ залишилася незмінною й під час розгляду справи “*Маркович та інші проти Угорщини*” щодо реструктуризації пенсійної системи для військовослужбовців, звільнених у запас²³. Якщо будь-які зміни, в т.ч. внаслідок яких зменшився розмір пенсії, були пропорційними та співвідносилися з переслідуваною метою, а саме раціоналізацією

¹⁷ *Airey v. Ireland*, рішення від 9 жовтня 1979р.

¹⁸ *Kjartan smundsson v. Iceland*, рішення від 12 жовтня 2004р.

¹⁹ *Khoniakina v. Georgia*, рішення від 19 червня 2012р.

²⁰ *Dissenting opinion of judge Gyulumyan. Khoniakina v. Georgia*, рішення від 19 червня 2012р.

²¹ *Aleksi Bakradze against Georgia*, рішення від 8 січня 2013р.

²² *Cichopek and 1,627 other applications v. Poland*, рішення від 14 травня 2013.

²³ *Markovics and Others v. Hungary*, рішення від 24 червня 2014р.



пенсійної системи, використання коштів та сумарним зменшенням певних виплат, то таке втручання держави визнається Судом виправданим.

Таким чином, відповідно до практики ЄСПЛ втручання держави в соціальні та пенсійні права заявників, що здійснювалося на основі чітко та ясно сформульованого закону та не свавільно, не виходить за межі свободи розсуду та вимог ст.1 Протоколу 1. Тобто, не становлять порушення ст.1 Протоколу 1 до ЄКПЛ.

Підтвердження викладеної позиції Суду можна знайти у практиці проти України. Так, у справі “Великода проти України”²⁴, яка також стосувалася законодавчих змін щодо зменшення розміру пенсії постраждалих внаслідок Чорнобильської катастрофи, ЄСПЛ, підтверджуючи можливість зміни правових норм щодо пенсійного забезпечення, вказав на відсутність у майбутньому гарантій проти таких змін у випадку винесення судового рішення на користь заявниці щодо встановлення розміру пенсії чи її виплати. Європейський суд чітко визнав, що подальша дія національного судового рішення закінчується, коли до законодавства, яке регулювало пенсійні виплати заявниці, вносяться зміни. Суд також зазначив, що зменшення пенсії заявниці було очевидно обумовлено міркуваннями економічної політики та фінансових труднощів, з якими зіткнулася Україна. За відсутності будь-яких доказів щодо протилежного та визнаючи, що держава-відповідач має широке поле свободи розсуду щодо досягнення балансу між правами, які є предметом спору, та економічною політикою, Суд не вважає, що таке зменшення було непропорційним переслідуваній легітимній меті або, що воно поклало надмірний тягар на заявницю²⁵.

Тобто сьогодні сформованою можна вважати правову позицію ЄСПЛ стосовно поширення доктрини свободи розсуду держави на питання видів, форм і розмірів виплат у системі соціального захисту в

цілому, включно з пенсійними виплатами та їх змін, реформування у напрямі скорочення чи скасування таких виплат. Більше того, за деякими винятками, справи, що стосувалися зменшення розміру соціальних, пенсійних виплат, визнавалися неприйнятними як явно необґрунтовані.

Крім проведення реформ і внесення змін до пенсійного законодавства за різними обставинами та з різною метою, можна вважати достатньо сформованою й практику ЄСПЛ стосовно розгляду справ про зменшення чи скасування виплат, допомоги чи пенсії у зв’язку із фінансовою, економічною кризою.

Так, якщо зменшення та скорочення розміру виплат (зокрема, з €2 435,83 до €1 885,79) відбувалися у ситуації економічної кризи та відповідне втручання не покладало надмірний тягар на заявників, то таке втручання держави також не розглядається як порушення, поки держава не перетинає межі здорового глузду. У рішенні у справі “*Koufaki and ADEDY v. Greece*”²⁶, яка стосувалася запровадження грецьким Урядом жорстких заходів економії та скорочення державних видатків у зв’язку із кризою, в т.ч., скорочення заробітних плат, соціальних виплат, пенсій державним службовцям, ЄСПЛ визнав, що національна влада знаходиться у кращому становищі, ніж міжнародний суддя для найбільш вірного вибору заходів щодо збалансування державних видатків і доходів. Суд поважатиме відповідні національні рішення, якщо вони не прийняті явно безпідставно. ЄСПЛ визнав наведену справу неприйнятною як явно необґрунтовану, адже “впроваджені заходи були виправдані безпрецедентною кризою у новітній історії Греції та в інтересах суспільства, в т.ч., як держави зони євро, до обов’язків якої належить дотримання бюджетної дисципліни та збереження стабільності зони”²⁷.

У зв’язку з фінансовими проблемами Уряд Португалії вдався також до обмеження та скорочення пенсійних виплат, що викликало значні незадоволення населення та позови до ЄСПЛ. Втім, у рішенні у справі “*Da Conceicao Mateus And Santos Januari v. Portugal*”²⁸ Суд погодився з доводами Уряду Португалії, встановивши, що в контексті виняткових фінансових проблем, з якими зіткнулася Португалія, і з урахуванням обмеженого та тимчасового характеру скорочень пенсійних виплат, Уряд дотримався справедливого балансу між інтересами широкої громадськості та захистом індивідуальних прав заявників щодо їх пенсійних виплат. Розмір пенсійних виплат було знижено приблизно на 10% в цілому, що, безперечно, не надає можливість стверджувати про позбавлення пенсійного забезпечення. Аналогічне рішення було винесено Судом у справі “*Savickas and Others v. Lithuania*”²⁹ щодо тимчасового

²⁴ Великода проти України. Ухвала про неприйнятність від 3 червня 2014р.

²⁵ Там само.

²⁶ *Koufaki and ADEDY v. Greece*, рішення від 7 травня 2013р.

²⁷ The impact of the economic crisis and austerity measures on human rights in Europe Feasibility study. – Steering Committee For Human Rights (CDDH), Strasbourg, 11 December 2015, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH\(2015\)R84%20Addendum%20IV_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH(2015)R84%20Addendum%20IV_EN.pdf).

²⁸ *Da Conceicao Mateus And Santos Januari v. Portugal and Santos Januari v. Portugal*, рішення від 8 жовтня 2013р.

²⁹ *Savickas and Others v. Lithuania*, рішення від 15 жовтня 2013р.

скорочення пенсійного забезпечення колишнім суддям внаслідок фінансової кризи та визнано, що Литва не вийшла за межі свободи розсуду.

Утім, подальше скорочення рівня соціальних виплат у Португалії вже не характеризувалось як тимчасове, однак, у рішенні у справі *“da Silva Carvalho Rico v. Portugal”*³⁰ зменшення розміру пенсії знов розглядалось Судом як пропорційне обмеження права заявника на захист власності з метою досягнення середньострокового економічного відновлення в країні, навіть, якщо такі зменшення вже не мають тимчасового характеру.

Аналізуючи зазначені рішення Суду проти Португалії, можна погодитися з думкою І.Лейтен, що Європейський суд свідомо використовує менш щедрий підхід у питаннях зменшення заробітної плати, пенсійних, соціальних виплат та інших заходів жорсткої економії, які запроваджуються державами в умовах кризи. Простір для задоволення скарг про зниження рівня соціального забезпечення навмисно звужується Судом через чутливість та заполітизованість таких питань, їх залежність від фінансового стану та з метою попередження потенційного масивного потоку такої категорії скарг³¹.

Отже, права на виплати в рамках системи соціального забезпечення, незалежно від їх характеру, як і питання щодо зменшення їх розміру або скасування певних виплат чи допомоги входять до змісту ст. 1 Протоколу 1 ЄКПЛ. Однак, свобода розсуду, яка надається Судом державам у цьому питанні, є надзвичайно широкою, а здатність заявників довести наявність дискримінаційного чи непропорційного підходу є занадто низькою, адже реальний захист розміру соціальних і пенсійних виплат у випадку скорочення чи скасування фактично позитивно Європейським судом не розглядається. Тобто, у випадку зменшення чи скасування українським Урядом соціальних виплат для будь-якої категорії осіб, перспективи навіть визнання прийнятними таких скарг в ЄСПЛ на сьогодні є незначними. З іншого боку, практика Європейського суду сприятиме посиленню аргументації та доведення правомірності дій вітчизняного уряду у випадках відповідних змін і реформувань соціального законодавства.

Згідно зі ст.46 Конституції України щодо забезпечення гідного рівня життя не нижче за прожитковий мінімум, такі скорочення виплат мають залишати у людини виплати на рівні не нижче прожиткового мінімуму. Саме на можливість захисту таких мінімумів звертали увагу деякі українські дослідники практики. Однак, ЄСПЛ розглядав ще у 2010р. справи *“Проніна проти України”* та *“Богатова проти України”*³², які стосувалися призначення пенсій, розмір



яких був менший за визначений у законодавстві прожитковий мінімум. Незабезпечення певного рівня життя або встановлення пенсії на рівні меншому за прожитковий мінімум не було визнано порушенням стандартів Конвенції, хоча, ігнорування українськими судами посилення заявниць на норми Конституції було визнано порушеннями ст.6 ЄКПЛ³³.

Водночас, Європейський суд з прав людини, розглядаючи скарги на недостатність пенсії та соціальної допомоги для підтримки гідного рівня життя, визнавав можливість їх розгляду в рамках зокрема ст.3 Конвенції під час винесення ухвал про неприйнятність справ *“Ларьошина проти Росії”*, *“Панченко проти Латвії”*³⁴ тощо. У випадках неприйнятності ситуації, в якій знаходиться заявник, з підтримкою людської гідності, у виняткових ситуаціях, держава може нести зобов'язання стосовно надання мінімального забезпечення, в т.ч. фінансової підтримки³⁵. Однак, чіткого визначення Судом недостатнього розміру виплат і допомоги в рамках ст.3 Конвенції сформульовано не було.

Таким чином, незважаючи на закріплення у Конституції України широкого переліку соціально-економічних прав, надмірна загальність положень відповідних статей, відсутність чітких обов'язків держав у їх забезпеченні, неналежне фінансування та нездатність судової системи захистити більшість соціальних прав³⁶ у поєднанні з суперечливою практикою Конституційного Суду та надання державам широкого поля розсуду ЄСПЛ у питаннях зменшення розміру соціальних виплат чи скасування окремих їх видів і форм не сприятимуть захисту соціальних прав українців, перетворюючи ці права на фактичну декларацію. Відповідно, до декларативних можна віднести в контексті можливості зменшення соціальних виплат, пенсій, принаймні на рівні не нижче за прожитковий мінімум, (що гарантується у ст.46 Конституції) також заборону звуження змісту та обсягу прав, закріплену у ст.22 Конституції. ■

³⁰ *da Silva Carvalho Rico v. Portugal*, рішення від 1 вересня 2015р.

³¹ Leijten Ingrid Property Protection and Austerity Measures: Is Strasbourg Backing Off? – Leiden Law blog/ Posted on November 19, 2013, <http://leidenlawblog.nl/articles/property-protection-and-austerity-measures-is-strasbourg-backing-off>.

³² *Pronina v. Ukraine*, рішення від 18 липня 2006р., *Bogatova v. Ukraine*, рішення від 7 жовтня 2010р.

³³ Федорова А. Захист соціальних прав в рамках Європейської конвенції з прав людини. Значення для України. – Право України, 2012, №11-12, с.241-252.

³⁴ *Pancencko v. Latvia*, рішення 28 жовтня 1999р., *Larioshina v. Russia*, рішення від 23 квітня 2002р.

³⁵ *Budina v. Russia, ECtHR*, справа по.45603/05 від 18 червня 2009р.

³⁶ Козюбра М. Права людини та верховенство права. – Право України, 2010, №2.

ЩОДО ПРАВОМІРНОСТІ ВТРУЧАННЯ ДЕРЖАВИ У ПРАВО НА ПРИВАТНЕ ЖИТТЯ В КОНТЕКСТІ ІНТЕРНЕТ-ПРОСТОРУ

Дарія ЯРЦЕВА,
аналітик з прав людини (м.Луганськ)

У міжнародному праві немає конкретного визначення поняття “право на недоторканність приватного життя”. Однак можна вважати, що сутність терміну розкривається в положеннях багатьох національних конституцій і міжнародних документів, а саме: у ст.8 Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) (1950р.), ст.14 і 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (1966р.)¹, ст.16 і 40 в Конвенції про права дитини (1989р.)², ст.14 Міжнародної конвенції про захист прав всіх трудящих - мігрантів і членів їх сімей (1990р.)³, ст.22 Конвенції про права інвалідів (2008р.)⁴, ст.4 Африканської хартії прав людини і народів (1986р.)⁵.

ЄКПЛ встановлює мінімальний перелік прав, які підлягають захисту в кожній державі-стороні Конвенції, а також впроваджує механізм, що дозволяє особам застосовувати його проти держави в разі порушення нею положень ЄКПЛ та відсутності змоги вирішити питання в межах національного законодавства держав за допомогою засобів правового захисту⁶. Визначення права на недоторканність приватного життя розкривається у ст.8 ЄКПЛ:

“(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”⁷.

Аналіз міжнародно-правових актів свідчить про наявність певних обставин, що виправдовують втручання держави в право на приватне життя. Такі обставини в міжнародних документах викладені в майже однаковій формі та є подібними.

У сучасному розумінні, модернізоване суспільство є складною структурою соціальних зв'язків між суб'єктами, що функціонують на основі співробітництва, комунікацій та обміну інформацією,

яка розглядається в якості одного з найбільш цінних ресурсів сьогодення.

Зазвичай, результатами такої взаємодії між суб'єктами є оприлюднення фактів приватного життя, забезпечення недоторканності яких повинно гарантуватися у демократичному суспільстві. Втручання у право на приватне життя можна розцінювати як “найнебезпечнішу державну діяльність”, яка порушує громадянські права осіб, як було зазначено в *Rv. Duarte* (1990 65 DLR (4th) 240, at 249)⁸.

Принцип права на недоторканність приватного життя полягає в тому, що люди в праві насолоджуватися життям у своїх власних будинках і спілкуватися один з одним, без ризику бути прослуханим або стати жертвою систем стеження державних органів. Приватний простір охоплює листування і спілкування з іншими людьми, а також передбачає соціальну діяльність і діяльність у домашніх умовах. Він також втілюється у наступних чотирьох елементах: конфіденційність повідомлень і кореспонденції; конфіденційність інформації, яка була отримана третьою стороною (захист даних); особиста недоторканність (інвазивні медичні процедури, пошуки людини, одягу або речей); територіальна недоторканність приватного життя (у т.ч. приватні транспортні засоби або інші приватні предмети і навіть спостереження за поведінкою в загальному просторі, наприклад, на вулиці, басейні або в іншому громадському місці).

¹ The International Covenant on Civil and Political Rights (1966) – <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

² The Convention on the Rights of the Child (1989) – <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>.

³ The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (1990) – <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cmww/cmww.htm>.

⁴ The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2008) – <http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>.

⁵ The African Charter on Human and Peoples' Rights (1986) – <http://www.achpr.org/instruments/achpr/>.

⁶ Nick Taylor State Surveillance and the Right to Privacy.

⁷ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (офіційний переклад). – Сайт Верховної Ради України, http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004.

⁸ The Canadian case, *Rv. Duarte* (1990 65 DLR (4th) 240, at 249) – <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1990/1990canlii150/1990canlii150.html>.

Історично склалося так, що право на недоторканність приватного життя було визначене ще у XIX ст. Прикладом цього є французький цивільний кодекс 1804р., який розглядає це право в якості засобу захисту від втручання з боку держави. У 1763р., під час своєї промови у Вестмінстерському палаці, граф і колишній прем'єр-міністр В.Пітт відзначив, коли саме державі слід залишатися осторонь від приватного життя громадян: *“Найбідніша людина, мешкаючи у своїй скромній сільській хатинці, здатна протистояти всім силам Корони. Хатинка може бути крихкою – її дах може бути дуже уразливим – вітер може дути через нього – штурм може пошкодити його – дощ може потрапити всередину – але король Англії не може – вся його могутність не виправдовує безпідставне втручання до приватної власності, навіть до напівзруйнованої хатинки”*⁹.

Право на недоторканність приватного життя зазвичай вважається негативним, тобто воно повинно бути вільним від будь-якого втручання, а також передбачає обов'язок держави захищати осіб від такого втручання. Водночас, воно визначається як позитивне, яке охоплює право на людську гідність, особисту недоторканність і репутацію та є основою для забезпечення інших основоположних прав, таких зокрема, як свобода слова.

Право на недоторканність приватного життя закріплене в Загальній декларації прав людини, у ст.12: *“Ніхто не повинен зазнавати безпідставного та незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, місце проживання або листування, а також посягань, які можуть зашкодити його честі і гідності. Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або посягань”*.

Звертаючись до контексту Інтернет-простору, право на недоторканність приватного життя переважно стосується перехоплення кореспонденції. Суд Справедливості ЄС визначає, що термін “листування/кореспонденція” є сукупністю електронних засобів комунікації¹⁰, таких як електронна пошта та користування веб-сторінками. Це поняття було визначене в справі *Klass v. Germany*, а також в *Copland v. UK*¹¹. Отже, у випадку моніторингу електронної пошти або іншої Інтернет-активності, незаконного доступу до персональних даних застосовується право на недоторканність приватного життя.

Застосування права на приватність також передбачається у випадку публікації персональної інформації на певному веб-сайті. Прецедентне право зазначає, що воно функціонує стосовно певних зображень, наприклад, фото- і відеоматеріалів, публікація яких може зашкодити репутації особи. Це також стосується ідентичності особи та розвитку її особистості, права встановлювати та розвивати відносини з іншими особами і права на здійснення підприємницької діяльності. Відзначимо, що ЗМІ не зобов'язані повідомляти про публікацію даних матеріалів.

Право на недоторканність приватного життя не є абсолютним і може бути обмеженим у певних обставинах. В Інтернет-просторі право на приватне життя може бути порушено втручанням, яке зазвичай виражається у формі спостереження за он-лайн діяльністю певних осіб. **Втручання – це будь-яка дія, спрямована на запобігання публікації або поширення**

інформації в межах Інтернету. У реальному житті, втручання у право на приватність виражається зазвичай у діях, спрямованих на знищення публікацій і обладнання, що використовується для їх підготовки, у переслідуванні журналістів, художників та інших людей, причетних до інформаційної та творчої діяльності. У контексті Інтернет-простору таке втручання означає **здійснення незаконних заходів щодо вилучення небажаної інформації і блокування доступу до неї**. Вчинення таких дій негативно впливає на забезпечення права свободи вираження поглядів зацікавлених осіб і піддає цензурі опубліковані матеріали, доступні для перегляду громадян. Інтернет – це сфера функціонування автоматизованих і складних систем державного моніторингу контенту он-лайн простору, який торкається майже всіх сфер діяльності користувачів. Невизначеність сфер контролю ставить під ризик адекватне забезпечення охорони свободи слова. Але деякі види подібних втручань є законними та виправданими, а саме заходи, спрямовані на вилучення та запобігання розповсюдженню дитячої порнографії, яка належить до категорії кримінальних злочинів, але навіть ці заходи повинні здійснюватися із дотриманням суворих критеріїв їх застосування.

У міжнародно-правовій практиці існують випадки, в яких втручання держави у права є виправданим і здійснюється:

- відповідно до закону;
- має законну мету;
- є необхідним у демократичному суспільстві.

Відповідність втручання закону. Втручання у право на приватність є правомірним і виправданим лише в разі відповідності такої діяльності з боку держави та державних органів закону. У випадку, коли такі дії суперечать нормам закону, вони автоматично порушують права осіб, закріплені ст.8 ЄКПЛ та характеризуються як нелегітимні. Деякі галузі права особливо уразливі в цьому аспекті, включаючи законодавчі акти, які стосуються ведення таємного спостереження, захисту дітей та перехоплення кореспонденції ув'язнених. Слід зазначити, що критерій “відповідність закону”, перш за все, має охоплювати ґрунтовну правову базу, яка відрізняється чіткими та змістовними положеннями та містить заходи захисту від свавілля з боку державних органів.

Законна мета втручання. Після того, як втручання визнається таким, що відповідає закону, одразу постає питання, чи переслідують ці дії законну мету відповідно до ч.2 ст.8 ЄКПЛ, де закріплено перелік цілей, які держава може переслідувати в законному порядку, а саме: (а) збір і зберігання інформації про фізичних осіб “в інтересах національної та громадської безпеки”; (б) перехоплення листування ув'язнених задля запобігання “заворушенням чи злочинам”; (в) забезпечення охорони прав дітей або діяльності, спрямована на захист “здоров'я чи моралі” або “прав і свобод осіб”; (г) здійснення висилки або депортації в інтересах “економічного добробуту країни”.

Зазвичай, під час судових спорів, доведення факту втручання державою у право на приватність, з посиланням на переслідування легітимної цілі є обов'язком відповідача. Також він має довести, що

⁹ Speech on the Excise Bill, House of Commons (March 1763), quoted in Lord Brougham, Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III (1855), I, p.42

¹⁰ CASE OF KLASS AND OTHERS v. GERMANY (Applicationno. 5029/71, 1978) – <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57510#“itemid”:“001-57510”}j.>

¹¹ Copland v. United Kingdom (ApplicationNo 62617/00, 2007) – <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79996#“itemid”:“001-79996”}j.>

такі дії виконувалися на підставі національного значення, як, наприклад, запобігання погрози національній безпеці держави, але на практиці досить поширеним є явище фабрикації правдоподібних фактів щодо підстав втручання на підтримку своєї позиції. Позивачі, своєю чергою, оскаржують позицію опонента, посиляючись на неправдивість фактів, які підтверджують мотиви такого втручання. Не дивлячись на претензії позивачів, судова практика підтверджує факт визнання судом наявності легітимних цілей здійснення такого втручання, особливо у випадках стосовно охорони здоров'я і моральних цінностей населення, захисту прав і свобод осіб. Прикладом є рішення у справі *Open Door Counselling v. Ireland* (1992р.). Таким чином, у більшості випадків суд визнає наявність законної мети та рідко приймає факт її відсутності.

Необхідність у демократичному суспільстві. Заключним етапом у встановленні правомірності втручання у право на приватність є факт визнання необхідності таких дій у демократичному суспільстві. В цьому процесі доведення наявності вагомих підстав для здійснення втручання не є достатнім. У рішенні у справі *Handyside v. The United Kingdom*¹² Суд зазначає, що “критерій “необхідності” не має синонімічної схожості з такими поняттями як “незаконність”, “допустимість”, “бажаність” або “розумність” і тому відрізняється специфічністю у тлумаченні та доведенні.

Своєю чергою, у рішенні *Olsson v. Sweden*¹³, Суд роз'яснює те, що поняття необхідності передбачає доведення факту здійснення втручання на підставі нагальної суспільної потреби і те, що воно має бути пропорційним законній меті. Так, Судом були відхилені спроби вдаватися до аналізу значення поняття “необхідності”, надаючи перевагу доведенню політики пропорційності.

Визначення поняття “демократичне суспільство”. Слід відзначити, що судова практика не дає чіткого визначення терміну “демократичне суспільство”. Яким чином треба розуміти сутність цього значення? У справі *Dudgeon v. The United Kingdom* Суд виокремив два необхідних елементи, притаманних демократичному суспільству: толерантність та забезпечення свободи широти поглядів. У контексті ст.8 ЄСПЛ він також наголосив на важливості верховенства права в демократичному суспільстві та на необхідності запобігання свавільного втручання. Більше того, на думку Суду, Конвенція покликана підтримувати і сприяти забезпеченню ідеалів і цінностей демократичного суспільства¹⁴. Отже, **найважливішим аспектом функціонування демократичного суспільства є наявність балансу між правами індивідів та інтересів соціуму, яке базується на принципі пропорційності.**

Принцип пропорційності. У цілому, сутність принципу пропорційності проявляється у тому, що права людини не є абсолютними і їх здійснення повинно відбуватися крізь призму загальних суспільних інтересів. Цей принцип дуже активно застосовується у сучасній практиці ЄСПЛ. У багатьох

рішеннях Суд відзначав, що: *пошук справедливого балансу між особливостями загальних інтересів суспільства та особливостями охорони основних прав і свобод індивідів є невід'ємною особливістю Європейської конвенції з прав людини*¹⁵.

Застосування принципу пропорційності в контексті ст.8 ЄКПЛ. Під час аналізу відповідності рішень національних судів положенням ст.8 ЄКПЛ Суд звертається до принципу пропорційності, який визначає наявність балансу між інтересами індивідів і держави. Основним завданням у цьому процесі для Суду є встановлення факту доцільності та ефективності діяльності уповноважених судових органів на кожному етапі розгляду справи в межах національних судових інстанцій¹⁶. Підтвердження відповідності втручання у право на приватність законній меті є складною процедурою, яка передбачає розгляд цілого ряду факторів, таких як: потреба бути захищеним від втручання у право на приватність, ступінь серйозності втручання та прагнення держави забезпечити здійснення вимог суспільства. Слід зазначити, що в контексті захисту від втручання у право на приватність, у справі *Dudgeon v. The United Kingdom*¹⁷, захист права на приватність сексуальних відносин потребує особливого методу доведення доцільності підстави у випадку втручання в відносини такого роду, і зазвичай наявність такої підстави дуже складно довести.

Логічність виправдання такого виду втручання є дуже простою – чим серйознішим є випадок втручання, тим складніше довести факт його правомірності.

Негативний вплив на здійснення потреб суспільства, який виник у результаті втручання у право на приватність внаслідок загрози національній безпеці, легше виправдати, ніж втручання у права, пов'язані з моральністю та загальними цінностями індивідів.

Підсумовуючи наведене, можна зазначити, для того щоб втручання у право, закріплене положеннями ч.1 ст.8 ЄСПЛ, було правомірним, воно повинно відповідати змісту положень та критеріям ч.2 ст.8 цієї ж Конвенції. Зокрема, таке втручання має здійснюватися відповідно до закону, переслідувати законну мету та бути необхідним у демократичному суспільстві на основі дотримання принципу пропорційності. Більше того, загальновідомо, що право на недоторканність приватного життя не обмежується недоторканністю житла, кореспонденції і функціонує у більш широкому аспекті і кожен раз, порушуючи межі приватного простору громадян, держава має бути спроможною виправдати свої дії, пояснити необхідність втручання в таке фундаментальне право, як право на приватність, детальним чином, спираючись на норми національного законодавства, так само як на норми міжнародного права, враховуючи загальні цінності суспільства.

У результаті, рівень захисту права на недоторканність приватного життя в кожній державі залежить тільки від якості забезпечення дотримання права, висвітленого ст.8 ЄСПЛ та від того, наскільки є гармонійним баланс між потребами суспільства та потребами окремих індивідів. ■

¹² *Handyside v. the United Kingdom* (Application no. 5493/72) – [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499#{"itemid":\["001-57499"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499#{).

¹³ *Olsson v. Sweden* (Application no. 10465/83) – [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57548#{"itemid":\["001-57548"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57548#{).

¹⁴ *The European Convention on Human Rights* (1948) – <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005>.

¹⁵ Там само.

¹⁶ Ursula Kil Kelly. *The right to respect for private and family life: a guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. – Council of Europe, reprinted with corrections, August 2003, Germany, 2001.

¹⁷ *Dudgeon v. the United Kingdom* (Application no. 7525/76) – [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473#{"itemid":\["001-57473"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473#{).