

Funded
by the European Union
and the Council of Europe



COUNCIL OF EUROPE



Implemented
by the Council of Europe

Спільний проєкт "Європейський Союз та Рада Європи працюють разом задля посилення операційної спроможності Омбудсмана у захисті прав людини"

Правовий висновок

**до проєкту Закону України №5019
"Про внесення змін до деяких законодавчих актів
України щодо удосконалення правових засад
діяльності Уповноваженого Верховної Ради України
з прав людини"**

22 жовтня 2021 року

**Підготував
Марек Антоні Новіцкі**

ЗМІСТ

Перелік скорочень.....	3
Вступ.....	4
Правовий висновок	5
А. Коментарі до проєкту Закону № 5019.....	6
В. Коментарі до деяких питань, не охоплених проєктом Закону.....	14
С. Рекомендації:.....	16
1/ До запропонованих змін	16
2/ Інші рекомендації	17

Погляди, викладені в цьому правовому висновку, належать виключно автору і не обов'язково відображають офіційну позицію Європейського Союзу та Ради Європи.

Перелік скорочень

КМ – Комітет міністрів Ради Європи

РЄ – Рада Європи

Уповноважений – Уповноважений Верховної Ради України з прав людини

ЄКПЛ – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини

ЄМНІПЛ (ENNHRI) – Європейська мережа національних інституцій з прав людини

ЄС – Європейський Союз

ГАНІПЛ (GANHRI) – Глобальний альянс національних інституцій з прав людини

НІПЛ – Національні інституції з прав людини

БДІПЛ – Бюро з демократичних інститутів і прав людини

ОБСЄ – Організація з безпеки і співробітництва в Європі

ПАРЄ – Парламентська асамблея Ради Європи

ООН – Організація об'єднаних націй

Вступ

Цей правовий висновок підготовлений задля допомоги Верховній Раді України у подальшому вдосконаленні законодавства, що стосується Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (Уповноважений) відповідно до найкращої міжнародної практики.

Правовий висновок підготовлений в рамках спільного проєкту «Європейський Союз та Рада Європи працюють разом задля посилення операційної спроможності Омбудсмана у захисті прав людини» міжнародним консультантом Ради Європи (РЄ) Мареком Антоні Новіцкі, колишнім членом Європейської комісії з прав людини та колишнім Омбудсманом Косово.

Висновок базується на англійському перекладі Закону України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» (1997) з відповідними змінами та додатками (від 13 серпня 2014 р.), проєкті Закону України №5019 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення правових засад діяльності Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини» (проєкт Закону), запропонованого народними депутатами України, разом з Пояснювальною запискою та іншими наявними документами з цього питання. Правовий висновок включає критичні зауваження щодо проаналізованого проєкту Закону та додаткові рекомендації стосовно питань, не охоплених цим проєктом Закону.

Правовий висновок

Відповідно до пояснювальної записки, метою проєкту Закону, запропонованого народними депутатами України, є удосконалення правових засад діяльності Уповноваженого, а також порядку призначення та звільнення Уповноваженого. В пояснювальній записці зазначається, що проєкт Закону також спрямований на *«визначення окремих повноважень Уповноваженого у період триваючого збройного конфлікту та після його закінчення з метою сприяння подоланню негативних наслідків конфлікту в сфері захисту прав людини і основоположних свобод»*.

У той час, як більшість запропонованих змін слід вважати кроком у правильному напрямку, деякі з них все ж таки потребують додаткової уваги і є предметом подальшого аналізу чи перегляду з метою приведення законодавства про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини у повну відповідність із міжнародними стандартами та найкращими практиками подібних інституцій в Європі.

Під час аналізу даного проєкту Закону консультант врахував, зокрема, наступні міжнародні стандарти та відповідні документи:

- Принципи ООН, які стосуються статусу національних установ, що займаються заохоченням і захистом прав людини («Паризькі принципи»)¹;
- Збірка висновків Венеційської комісії щодо інституту омбудсмана²;
- «Венеційські принципи» щодо захисту та просування інституту омбудсмана³;
- Парламентська асамблея Ради Європи (ПАРЄ), Резолюції: 1959 (2013) щодо зміцнення інституту омбудсмана в Європі, 4 жовтня 2013 р.⁴; 2301 (2019) щодо зміцнення інститутів омбудсмана в Європі – потреба у встановленні спільних стандартів, 2 жовтня 2019 р.⁵;
- Рекомендації Комітету міністрів державам-членам щодо необхідності посилення захисту і сприяння простору для громадянського суспільства в Європі⁶;
- Рекомендації Комітету міністрів державам-членам щодо розвитку інституту омбудсмана⁷;
- Рекомендації Комітету міністрів державам-членам щодо розвитку та зміцнення ефективних, плюралістичних та незалежних національних інституцій з прав людини⁸;

¹Ухвалено Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 48/134 від 20 грудня 1993 р.; <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/statusofnationalinstitutions.aspx>

²Венеційська комісія, Збірка висновків Венеційської комісії щодо інституту омбудсмана, CDL-PI(2016)001, 5 лютого 2016 р.; [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2016)001-e);

³Венеційська комісія, Принципи захисту та сприяння інституту омбудсмана («Венеційські принципи») 3 травня 2019р., CDL-AD(2019)005; [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)005-e);

⁴<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=20232&lang=en>;

⁵<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=28161&lang=en>;

⁶Ухвалений 28 листопада 2018 р., CM/Rec(2018)11, https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016808fd8b9;

⁷Прийняті 16 жовтня 2019 р., CM/Rec (2019)6, <https://rm.coe.int/090000168098392f>;

⁸Ухвалений 31 березня 2021р., CM/Rec(2021)1, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090001680a1f4da>

- Резолюція Генеральної Асамблеї ООН «Роль Омбудсмана та посередницьких організацій у сприянні захисту прав людини», від 16 грудня 2020 р.⁹;
- Загальні коментарі ГАНІПЛ (GANHRI)¹⁰;
- Рекомендації ЄМНІПЛ щодо підтримки НПІ під загрозою¹¹.

А. Коментарі щодо проєкту Закону №.5019

Стаття 2:

а/ Скарги на дії державних посадовців

Уповноважений, загалом, має повноваження розглядати скарги проти «державних органів та органів місцевого самоврядування», але не «їхніх посадових осіб», оскільки передбачається, що такі посадові особи діють від імені цих органів. Це також зрозуміло з Принципу 13 Венеційських принципів («Інституційні повноваження омбудсмана мають поширюватись на сферу державного управління всіх рівнів»)¹². Отже, зміст діючої Статті 2, включно із запропонованими до неї змінами, варто відповідним чином переглянути.

б/ Винятки з повноважень Уповноваженого

Виглядає так, що винятки з повноважень Уповноваженого та сфери їх застосування, як це викладено в запропонованій статті 2, слід переглянути. Запропоноване рішення є досить унікальним порівняно з повноваженнями інших омбудсманів, де завдання омбудсмана – захист прав людини та основоположних свобод. Зазвичай, питання, якими займається омбудсман, охоплюють державне управління усіх без винятку рівнів – центральний та місцевий рівень — та їхні рішення й інші дії. Відповідно до Принципу 13 Венеційських принципів, «Мандат Омбудсмана охоплює всі загальні інтереси та державні послуги, що надаються громадськості, незалежно від того, надаються вони державою, муніципалітетами, державними органами або приватними структурами»¹³.

с/ Питання щодо суб'єктів приватного права

Зокрема, слід підкреслити, як це впливає з Принципу 13, що повноваження Уповноваженого, певною мірою, також мають охоплювати й суб'єктів приватного права. Загальний обсяг повноважень Уповноваженого щодо цих суб'єктів має бути чітко визначений безпосередньо Законом про Уповноваженого. Зокрема, запропонована редакція вносить суперечність між статтею 2 та статтею 17, де остання прямо передбачає можливість звернення зі скаргою до Уповноваженого,

⁹ A/Res/75/186; <https://digitallibrary.un.org/record/3896442>;

¹⁰ <https://www.ohchr.org/EN/Countries/NHRI/Pages/SCA-Rules-of-Procedures.aspx>;

¹¹ Лютий 2020 р.; <http://ennhri.org/wp-content/uploads/2020/02/Guidelines-on-ENNHRI-support-to-NHRIs-under-threat.pdf>;

¹² Див.: примітка 3;

¹³ Там само; див. також частина II. 3 Рекомендацій КМ(СМ/Rec (2021)1 де зазначається, що «Держави-члени повинні забезпечити, щоб коло повноважень наданих НІПЛ (...) дозволяло їм, зокрема, повністю розглянути всі ймовірні порушення прав людини адміністративними органами, іншими відповідними державними органами, і коли це доречно, суб'єктами приватного права».

коли це пов'язано із «діями чи бездіяльністю суб'єктів приватного права у випадках, передбачених чинним законом».

d/ Уповноважений та судова система

Особливі підходи повинні застосовуватись до всіх судів у зв'язку зі справами, які вони розглядають. У цій сфері повноваження омбудсмена зазвичай обмежені гарантуванням процесуальної ефективності та належного адміністративного функціонування судової системи або випадками явного зловживання владою.

Стаття 5:

a/ Кваліфікаційні вимоги до кандидатів

Беручи до уваги важливість посади та очікування, які покладаються на Уповноваженого, як з боку суспільства, так і з боку державних органів, умова, визначена у запропонованих змінах до статті 5 стосовно того, що кандидат повинен мати щонайменше п'ятирічний досвід правозахисної діяльності, виглядає недостатньою. Тим більше цього недостатньо у ситуації, коли також пропонується значно знизити мінімальний віковий бар'єр кандидатів на посаду Уповноваженого з 40 до 35 років. Слід наголосити, що Принцип 8 Венеційських принципів вказує на *«відповідний професійний досвід та досвід, у тому числі у сфері прав людини та основних свобод»*, як один із суттєвих критеріїв для призначення на посаду омбудсмена¹⁴.

Загалом, кандидатами на посаду Уповноваженого мають бути особи, визнані в суспільстві за свої виняткові досягнення та діяльність на благо суспільства, які через свою біографію та професійну діяльність можуть продемонструвати, що вони є незалежними в своїх поглядах, і що вони зможуть протистояти політичному тиску, якщо їм доведеться відстоювати свої принципи і цінності, які вони захищають. Необхідно, щоб ці кандидати у відповідній ролі мали підтримку найширших прошарків суспільства.

Таким чином, більш доречно було б вказати в статті 5, за прикладом інших схожих інституцій, що, наприклад, кандидат повинен *«бути досвідченим та мати глибокі знання в галузі прав людини»*¹⁵ або *«бути відомим завдяки визначній діяльності в сфері захисту та просування прав людини»*¹⁶ або мати *«знання в галузі права, професійний досвід та високий авторитет завдяки моральним якостям та суспільній діяльності»*¹⁷.

b/ Обмеження щодо кандидатів

Рішення, запропоноване розробниками законопроекту, яке визначає тимчасове позбавлення деяких конкретних категорій осіб можливості претендувати на посаду Уповноваженого, є нетиповим для європейської практики особливо, коли йдеться

¹⁴ Там само;

¹⁵ Див.: Стаття 6.1.1.4, Закону № 05 L-019 (2015) про Омбудсмена в Косово; <https://oik-rks.org/en/2018/08/20/law-no-05-l-019-on-ombudsperson/>;

¹⁶ Див.: Стаття 6.1.d, Закон № 52 (2014) щодо народного адвоката (Омбудсмена), Республіка Молдова; [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF\(2017\)054-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-REF(2017)054-e);

¹⁷ Див.: Стаття 2, Закон щодо Уповноваженого з прав людини, Республіка Польща (1987 р.) (зі змінами); <https://bip.brpo.gov.pl/en/content/act-commissioner-human-rights>

про кандидатів на посаду омбудсмана чи схожі посади. Спроба автора даного правового висновку знайти подібний досвід в інших країнах виявилась невдалою. Навіть в Греції, де існує декілька конституційних обмежень щодо посадовців, які балотуються до парламенту¹⁸, відсутні такі законодавчі обмеження у випадку омбудсмана¹⁹. В Португалії, з іншого боку, кандидати на посаду омбудсмана повинні просто відповідати тим самим вимогам, що висувуються до кандидатів в члени парламенту²⁰.

Це положення може викликати серйозні сумніви щодо його відповідності Конституції України - статті 21, 24, і, особливо, статті 38, яка передбачає, що «1. Громадяни мають право (...) бути обраними до органів державної влади(...). (2) Громадяни користуються рівним правом доступу до державної служби (...)».²¹

Будь-яке обмеження цього важливого громадянського права, гарантованого Конституцією, повинне бути визначене нею і вимагає особливо вагомого та переконливого обґрунтування, яке б засвідчувало, що законодавець мав об'єктивне право запровадити його, базуючись на Конституції. Такі вимоги як вік, громадянство, період проживання в країні не викликають подібних сумнівів.

Крім того, в пояснювальній записці до проекту Закону не надано будь-якого роз'яснення нових вимог, а лише повторюється зміст запропонованого положення.

Також може постати питання - чому, відповідно до проекту Закону, працівники певних установ не можуть висувати свої кандидатури на посаду Уповноваженого, у той час як інші посадові особи можуть, і це в ситуації, коли діяльність омбудсмана стосується питань всіх державних органів. Таким чином, тут відсутня послідовність. Аналогічно, сам факт, що особа працює в таких установах, незалежно від того, які функції вона там виконує, позбавляє її права претендувати на посаду. Це може призвести до явної дискримінації. Відповідно, рекомендується вилучити це положення зі статті 5.

Стаття 6:

a/ Участь громадських організацій у процедурі висунення кандидатів та у процедурі відбору кандидатів

Запропонована участь громадських організацій, «що здійснюють правозахисну діяльність», у процесі відбору кандидатур на посаду Уповноваженого, що включає можливість висунення кандидатів на посаду Уповноваженого, виглядає кроком у правильному напрямку та відходить від поточної практики, коли питання щодо кандидатів вирішувалось виключно політичними колами. Для досягнення поставлених цілей така участь і вплив мають бути справжніми. Однак запропоновані положення викликають сумніви.

¹⁸Див.: Рішення ЄСПЛ, «Джітонас та інші проти Греції» (Gitonas and Others v Greece), по. 18747/91 та інші, 1 липня 1997 р.;

¹⁹Закон № 3094, від 22 січня 2003 р. Омбудсман та інші положення, https://www.synigoros.gr/?i=stp.en.law2477_97;

²⁰Стаття 5.2, Статут Закону про Омбудсмана № 9/91, від 9 квітня (зі змінами відповідно до 'закону № 30/96, від 14 серпня, та Закон № 52-A/2005, від 10 жовтня), https://www.legislationline.org/download/id/4115/file/PortugueseOmbudsman_Statute_2007_en.pdf

²¹<https://rm.coe.int/constitution-of-ukraine/168071f58b>

По-перше, враховуючи те, що кандидатуру можуть також висувати Голова Верховної Ради України або не менше однієї чверті народних депутатів України від конституційного складу Верховної Ради України, що дозволяє легко висунути кандидата від правлячої партії або коаліції, існує можливість, що від самого початку кандидат від громадських об'єднань буде в програвшій позиції, особливо в ситуації, коли саме Верховна Рада України визначає відповідність кандидата вимогам і зрештою обирає Уповноваженого.

По-друге, дуже короткі терміни, передбачені процедурою висунування кандидатур, можуть стати суттєвою перешкодою для громадських організацій у можливості висунути кандидатуру, особливо, якщо їм потрібно буде продемонструвати, що цей кандидат отримав підтримку не менше 25 000 голосів громадян.

З цього випливає, що запропоноване положення може залишитись лише кроком на зустріч громадянському суспільству, що фактично мало що змінить в процесі відбору кандидатів.

Більше того, залишається питання чому лише «громадські об'єднання, що здійснюють правозахисну діяльність» мають право висувати кандидатів, а не інші об'єднання, які представляють громадянське суспільство чи організації, які представляють правову спільноту країни, такі як Асоціація адвокатів, факультети права чи інші наукові заклади. Крім того, сам вислів «громадські об'єднання, що здійснюють правозахисну діяльність» - є нечітким і викликає сумніви щодо того, які конкретно організації матимуть право висувати кандидатів. Також виникає питання про те, хто вирішуватиме, якої процедури слід дотримуватись, і якими будуть засоби правового захисту, якщо організація вважатиметься такою, що немає на це права?

Оптимальним є рішення, яке також вказується у Венеційських принципах (Принцип 7 – «процедура відбору кандидатів повинна включати публічне оголошення конкурсу, бути відкритою, прозорою, базуватися на професійних якостях кандидата, об'єктивною та передбаченою законом»)²², коли це відкрита процедура на основі публічного конкурсу, що дозволяє взяти участь будь-якій зацікавленій особі, яка вважає, що він/ вона відповідають вимогам, визначеним законодавством, та може висунути свою кандидатуру на цю посаду. Така практика, яка сьогодні широко застосовується, зокрема в процедурі відбору кандидатів до Європейського суду з прав людини, значно збільшує шанси знайти найкращих та достатньо незалежних кандидатів і від самого початку обмежує політичний вплив на весь процес. За таким сценарієм надзвичайно важливо гарантувати належну неупереджену процедуру в спеціальному чи спеціально призначеному комітеті в Парламенті, який оцінюватиме та відбиратиме кандидатів. Така процедура повинна бути максимально відкритою та прозорою, відбуватися за активної участі та впливу правової спільноти, недержавних організацій тощо, та слуханнями щодо кандидатів доступними для громадськості, принаймні в інтернеті. Широкомасштабні обговорення кандидатур мають також відбуватися в ЗМІ.

Положення Закону повинні чітко вказувати, чи за всіх висунутих кандидатів, які відповідають вимогам, голосуватимуть на пленарному засіданні парламенту, чи у випадку, коли кількість кандидатів, які відповідають вимогам, буде більшою (що можливо принаймні теоретично, якщо висуватимуть кандидатів від громадських об'єднань), буде застосовано процедуру попереднього відбору, коли, наприклад, 3-4 кандидати (короткий список) будуть відібрані для голосування на пленарному засіданні парламенту. Така процедура попереднього відбору повинна бути чітко визначена і включати чіткі критерії оцінки та відбору тощо.

²²Див.: виноску 3.

с/ Період, протягом якого має відбутись процедура обрання

Закон повинен передбачати, що за звичайних обставин, процедура відбору кандидатури Уповноваженого має розпочинатись заздалегідь, а саме до закінчення строку перебування на посаді діючого Уповноваженого, а не по закінченню цього строку. В деяких країнах така процедура починається за шість місяців до цієї дати (наприклад, в Словенії²³, Косово²⁴). Такий період у декілька місяців дозволяє організувати належний, ретельний та прозорий процес обрання. Хоча в статті 6.1 зазначається, що після закінчення його/її строку повноважень Уповноважений залишається на посаді та продовжує виконувати свої обов'язки до дня складання присяги наступником/цею, таку ситуацію загалом слід розглядати як виняткову. За звичайних обставин новий Уповноважений має бути обраний і готовий вступити на посаду після закінчення встановленого Законом строку повноважень його/її попередника.

Стаття 6.1:

а/ Тривалість мандату

Запропоноване положення, яке визначає, що *«Та сама особа не може обіймати посаду Уповноваженого три строки поспіль»*, варто переглянути. Це означає, що Уповноважений зможе виконувати свої обов'язки протягом одного чи двох мандатів. З точки зору гарантій незалежності та неупередженості перебування на посаді та загального сприйняття суспільством відповідності цим гарантіям, було б доречніше обмежити цей період одним мандатом. У такому разі його можна було б подовжити з нинішнього п'ятирічного строку до, наприклад, строку у сім чи більше років (як у випадку з суддями Конституційного суду). Принцип 10 Венеційських принципів забезпечує можливість такого варіанту: *«Строк повноважень омбудсмана бажано обмежити одним строком без можливості переобрання (...). Бажано передбачити, що один строк повноважень становитиме не менше семи років»*.²⁵ У випадку більш ніж одного строку повноважень і, як результат, можливості переобрання Уповноваженого, в суспільстві завжди можуть виникати сумніви – обґрунтовані чи ні, щодо того, чи не керувався він/вона у своїх діях, особливо у політично суперечливих чи чутливих питаннях, бажанням знову отримати мандат, а не тільки об'єктивними причинами, що наявні у справах, які розглядаються.

Стаття 13:

Втручання третьої сторони

Наразі, можливість вступати у судові справи на всіх рівнях національної та міжнародних судових систем, як третя сторона, що подає обґрунтовані юридичні висновки (*amicus curiae briefs*), потрібно розглядати як один з основних практичних інструментів, що доступний інституціям омбудсмана. Запропоновані зміни до статті 13 передбачають таку можливість, оскільки зазначається, що Уповноважений, *inter alia*, має право *«вступати у судову справу на будь-якій стадії розгляду, провадження в якій відкрито за позовами (заявами) інших осіб ...»*. Така широка формула забезпечує правову основу для Уповноваженого самостійно вступати, в

²³Стаття 13, Акт про Омбудсмана з прав людини від 30 грудня 1993 р (зі змінами); <https://www.varuh-rs.si/en/about-us/legal-framework/human-rights-ombudsman-act-zvarcp-upb2/>

²⁴Див.: виноску 11, стаття 8.1.;

²⁵Див: виноску 3.

межах свого мандату, у кожную справу, що порушує достатньо серйозні питання загального інтересу щодо захисту прав і свобод відповідно до міжнародних стандартів, які гарантують таке втручання Уповноваженому.

Роль *amicus curiae*, яку, як правило, відіграють інститути омбудсмана, є дуже важливою для судової гілки влади, але також і для самого інституту омбудсмана, оскільки таким чином омбудсман демонструє готовність займати активну позицію у справах, які перебувають на розгляді у судах і становлять суспільний інтерес. Таким чином, омбудсман може посилити свій внесок в ефективне впровадження належного адміністрування і міжнародних стандартів із захисту прав людини. Відповідно, це також значним чином посилює авторитет інституту у суспільстві і сприяє побудові довіри до нього. Справи, в яких омбудсман вступає як *amicus curiae*, мають бути дуже ретельно відібрані та стосуватися проблем, що мають особливу значення з точки зору захисту основних прав та вимог належного адміністрування. Громадськість має розуміти, чому омбудсман вирішив діяти як *amicus curiae* у конкретній справі, а не в інших. Омбудсман не повинен здійснювати такі кроки надто часто, аби не зловживати цим правом. Той факт, що омбудсман подає юридичні висновки *amicus curiae briefs*, повинен показувати всім, що проблеми, які розглядаються у справі, вимагають серйозного обговорення і дій.

Варто наголосити, що національні інституції з прав людини (НІПЛ), включно із омбудсманом, все частіше використовують можливість виступати як третя сторона не лише у провадженнях, що розглядаються в національних судах²⁶, у тому числі в конституційних судах, але також у міжнародних правозахисних організаціях. Це особливо важливо, враховуючи той факт, що мережі інститутів омбудсмана в Європі налагоджують тіснішу співпрацю з Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ) для посилення своєї участі у справах, що розглядаються у Страсбурзі. Цією можливістю останнім часом все частіше користуються НІПЛ, включаючи омбудсманів, з різних держав-членів РС²⁷.

Таким чином, конкретні положення статті 13, мають розглядатися як підтвердження того, що Уповноважений також може діяти як третя сторона в ЄСПЛ у справах проти України, а також проти інших країн, у випадках, коли мова йде про питання, що стосуються внутрішнього контексту захисту прав людини в Україні.

Закон також має встановити, що Уповноважений має право подавати повідомлення до Комітету міністрів (КМ) Ради Європи у процесі виконання рішень ЄСПЛ та коментувати плани дій, звіти про заходи та інші пропозиції, які вносять національні органи влади²⁸.

²⁶Див.: наприклад, стаття 12, Закон про «Омбудсмана Республіки Північна Македонія» № 60/2003, текст з доповненнями і змінами опубліковано в «Офіційному віснику Республіки Північна Македонія» № 143/2008: «З метою захисту прав і свобод людини у випадках, коли цього вимагає сторона або Омбудсман, суд може надати можливість Омбудсману діяти як «друг суду» (*amicus curiae*)», <https://www.refworld.org/pdfid/3fcb36dc4.pdf>; Стаття 4.2. Закон про Омбудсмана з прав людини Боснії і Герцеговини, 22 січня 2004 року «Омбудсман [...] може ініціювати судові провадження або вступати у справи, що перебувають на розгляді, у випадках, коли він або вона вважає, що такі дії необхідні для виконання його або її обов'язків (...);»;

²⁷Головним чином, інститути омбудсмана з Польщі і Франції, але також з Вірменії, Грузії, Греції, Республіки Чехії; приклади з Польщі: <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/Amicus%20curiae%20GC%20Grzeda%20v%20Poland.pdf>; з Франції:

https://juridique.defenseurdesdroits.fr/index.php?lvl=notice_display&id=24761&opac_view=-1

²⁸Механізм визначено у 2006 році згідно Правил 9 Правил КМ; використовується, зокрема, інститутами омбудсмана з Польщі, Франції, Вірменії; приклад з Франції: <https://rm.coe.int/native/09000016809f2a58>;

У нещодавній Рекомендації щодо розвитку та зміцнення ефективних, плюралістичних і незалежних національних інституцій з прав людини Комітет міністрів Ради Європи підкреслив значний потенціал і вплив НІПЛ, зокрема у сфері ефективного впровадження ЄКПЛ²⁹.

З цього погляду, так само важливо забезпечити належну і активну співпрацю Уповноваженого з недержавними правозахисними організаціями і ефективну координацію такої співпраці, і, за потреби, здійснювати спільні дії як третя сторона³⁰.

Стаття 13.1:

Повноваження, пов'язані з внутрішнім або міжнародним конфліктом на території України

У контексті функцій Уповноваженого, зазначених у цій статті, важливо підкреслити вирішальну роль співпраці з міждержавними організаціями, такими як ООН, ОБСЄ, РЄ тощо, та з міжнародними громадськими організаціями. Ця співпраця повинна охоплювати не тільки співробітництво з метою *“налагодження зв'язку зі сторонами конфлікту або особами, які їх представляють”*, що прямо зазначено у статті 13.1.3, але також й інші функції, передбачені цією статтею, що перераховані від пункту 2) до пункту 8), а також до певної міри у пункті 9). Ця співпраця та допомога є надзвичайно важливою для покращення (або забезпечення) ефективності дій у кожній із цих сфер.

Стаття 17:

a/ Доступність інституту Уповноваженого

Уповноважений (та законодавець) має забезпечити доступність установи для будь-якої особи шляхом подання скарг в письмовій або усній формі та за відсутності будь-яких зайвих формальних вимог. Відповідно, з розвитком технологій для інститутів омбудсмана стало майже звичайною практикою приймати скарги в режимі онлайн та через соціальні мережі. Однак вимога щодо надання електронного підпису суттєво перешкоджає можливості подання скарг в електронному вигляді, і це є формальною умовою, яку законодавець має усунути. Інститут омбудсмана повинен мати інші засоби підтвердження особи скаржника та достовірності його/її скарги, поданої таким чином.

Більше того, дозвіл подати скаргу особисто не може бути винятком, оскільки у багатьох випадках, незалежно від можливості подати скаргу листом, телефоном або за допомогою інших засобів комунікації, такі особисті контакти є необхідними в інтересах особи, яка потребує допомоги. Отже, рекомендується відмовитися від запропонованого положення, в якому йдеться, що *«скарги можна подавати в усній формі, коли йдеться про термінове реагування»*. Саме особа, яка подає скаргу, має обирати спосіб зв'язку з Уповноваженим і спосіб подання скарги, в залежності від своїх особистих обставин. З іншого боку, установа повинна мати організаційну і

з Вірменії: [https://hudoc.exec.coe.int/eng#f{%22EXECIdentifier%22:\[%22DH-DD\(2020\)133E%22](https://hudoc.exec.coe.int/eng#f{%22EXECIdentifier%22:[%22DH-DD(2020)133E%22)

²⁹ Див.: виноску 8.

³⁰ Див.: нещодавній приклад інформаційного повідомлення, поданого до КМ в процесі виконання рішення ЄСПЛ у справі *«Погосян проти Вірменії» (Poghosyan v. Armenia)* (Скарга № 44068/07) спільно з Правозахисною організацією республіки Вірменія і недержавною організацією – Гельсінський Комітет Вірменії щодо прав осіб, позбавлених волі.

логістичну готовність отримувати скарги у різний спосіб для «забезпечення її доступності для будь-якої особи», як вже зазначалося вище.

Закон має передбачати спеціальні рішення щодо скаржників з особливими потребами, які можуть мати труднощі із поданням скарги і/або участю у подальших провадженнях. Такі заходи повинні включати, зокрема, проведення зустрічей в доступних для таких осіб місцях, забезпечення перекладу жестовою мовою, забезпечення матеріалами, які надруковані шрифтом Брайля, і будь-які інші необхідні та оптимальні заходи, які не накладатимуть неспівмірний або невиправданий тягар на інститут Уповноваженого.

Також важливо передбачити право скаржників подавати заяву рідною мовою, а витрати на переклад покласти на державу.

b/ Доступ для юридичних осіб приватного права

Доступ до інституту Уповноваженого повинні мати всі фізичні особи і юридичні особи приватного права з питань, що стосуються стверджуваного порушення прав людини і основоположних свобод³¹. Звичайно, у випадку юридичних осіб приватного права, через їхню специфіку, такі заяви можуть виникнути лише за певною категорією питань, пов'язаних з «правами людини». Відповідно, немає підстав обмежувати доступ до інституту Уповноваженого таким особам у спосіб, запропонований у статті 17, де зазначається, що «*юридичні особи можуть подавати скарги*», але лише «*у випадках, передбачених чинним законодавством*». Необхідно пам'ятати, що будь-яка юридична особа приватного права може подати обґрунтовану заяву до ЄСПЛ і посилатися на положення ЄКПЛ, при тому, що відповідно до статті 17, їхній доступ до інституту Уповноваженого був би обмеженим.

Стаття 17.1:

Приписи Уповноваженого

Зміст запропонованої Статті 17.1 передбачає, що Уповноважений може видавати зобов'язальні і обґрунтовані «приписи» «*органам державної влади або органам місцевого самоврядування, а також суб'єктам, що керуються приватним правом, у випадках, визначених законодавством*». Важко знайти будь-який приклад іншої інституції уповноваженого з прав людини (тобто, яка належить до НІПЛ), яка би мала подібні повноваження в Європі або в інших регіонах (на відміну від певних омбудсманів у приватному секторі). Зазначені повноваження суперечать сутності інституту омбудсмана у демократичному суспільстві, який таким чином перетворюється зі спеціального органу, який має захищати права людини, на орган державного контролю і правопорядку.

В цьому контексті, також необхідно пам'ятати, що сутність і причина існування інституту омбудсмана включає медіацію (зусилля з альтернативного вирішення спорів) і роль посередника між органами влади та іншими інституціями, з одного

³¹ Див.: наприклад, Висновок Венеційської комісії № 808/2015, що стосується народного адвоката в Республіці Молдова, Розділ IV б., § 67; <https://rm.coe.int/1680655182>; Висновок ОБСЄ/БДІПЛ про законопроект, що запроваджує «народного адвоката з прав підприємців» у Молдові, від 19 березня 2021 року, НІПЛ – MDA/392/2020, §§ 38 – 40; <https://www.osce.org/files/f/documents/5/c/482083.pdf>; Резолюція ПАРЕ 1959 (2013) щодо посилення інституту омбудсмана в Європі.

боку, і громадянами з іншого боку³². Завжди необхідно розглядати омбудсмана як інститут, що має мандат впливу, а не санкцій. Отже, необхідно визнати, що правомірність збереження передбаченого у проєкті Закону рішення, яке дозволяє Уповноваженому видавати «приписи» зобов'язального характеру, не має підстав в практиці, яка на сьогоднішній день існує в Європі³³. Відповідно, також варто згадати наступне визначення інституту омбудсмана, яке прийняте Міжнародною асоціацією юристів: *«служба, передбачена Конституцією або актом законодавчої влади або парламенту, і очолювана незалежною публічною посадовою особою високого рангу (...), яка уповноважена проводити розслідування, рекомендувати коригувальні дії і надавати звіти»*³⁴. Так само, у Венеційській комісії зазначили, що *«найпопулярнішу модель інституту Омбудсмана або захисника прав людини можна коротко описати як незалежну посадову особу, першочергова роль якої полягає у здійсненні посередництва між народом і державними й місцевими органами влади, а також у здійсненні моніторингу діяльності органів влади шляхом подання запитів і доступу до інформації, а також звернення до органів влади шляхом надання рекомендацій (...)*³⁵.

В. Коментарі щодо деяких питань, не охоплених проєктом Закону:

1. Венеційські принципи чітко вказують, що *«Омбудсман може бути звільнений з посади лише згідно вичерпного списку чітких і обґрунтованих умов, визначених законом. Це виключно стосуються критерію «неспроможності» або «нездатності виконувати посадові обов'язки», «неналежної поведінки» або «неналежного виконання обов'язків», що має вузьке тлумачення»*³⁶. Критерій «порушення присяги» у статті 9 очевидно не відповідає цій умові і потребує роз'яснення для

³²Див.: наприклад, в Греції: стаття 1 Закону №3094 від 22 січня 2003 р. про Омбудсмана і інші положення: «Завдання Омбудсмана полягає у здійсненні медіації між громадянами і державними службами, місцевими органами влади, приватними і громадськими організаціями (...); https://www.synigoros.gr/?i=stp.en.law2477_97;

³³Див.: виноску 3, Принцип 17; Збірка висновків Венеційської комісії щодо інституту Омбудсмана від 5 лютого 2016 року, *Компетенції і повноваження Омбудсмана*, с. 23 – 31, CDL – PI(2016) 001, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2016\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2016)001-e) ; примітка 8, Додаток до Рекомендацій КМ/Рес (2021)1, частина II.3; див. також: н-д, *«Посилення незалежності, ефективності і підзвітності Омбудсмана і НІПЛ»*, Промова Європейського омбудсмана, професора П. Нікіфороса Діамандуроса на 10-му круглому столі Європейських омбудсманів і Ради Європи, за спеціальної участі національних інституцій з прав людини, Афіни, Греція, 12 квітня 2007 року, <https://www.ombudsman.europa.eu/pl/speech/en/351>; Ключова промова Європейського Омбудсмана, Емілі О'Рейлі – Перша конференція з питань альтернативного вирішення спорів в енергетичному секторі, Брюссель, 27 січня 2015 року, <https://www.ombudsman.europa.eu/sk/speech/en/58851>; Кройцфельд Н., О'Брайен Н., Новіцкі М. 2021. *Порівняльний огляд інститутів Омбудсмана: Рекомендації до дій для омбудсмана Туреччини і керівні принципи для Омбудсмана і державних органів влади*, с. 53, 78 – 79 (Рекомендація 18: *«Омбудсман повинен чинити опір закликам щодо повноважень застосовувати рішення або робити висновки зобов'язального характеру»*), скоро буде опублікований на веб-сайті офісу РЕ в Туреччині;

³⁴Комітет Омбудсмана, резолюція Міжнародної асоціації юристів (Ванкувер: Міжнародна асоціація юристів, 1974), цит. за: Дін М. Готтерер, Основні елементи ефективного інституту Омбудсмана, 9^{-а} світова конференція Міжнародного інституту омбудсмана, Стокгольм, червень 2009 року, <https://www.theioi.org/publications/stockholm-2009-conference-papers> ;

³⁵Висновок щодо можливої реформи інституту Омбудсмана в Казахстані, 1-2 червня 2007 року, §§12,14,20, CDL-AD(2007)020;

³⁶Див.: виноску 3, Принцип 11.

уникнення зловживань – особливо політичних – цією підставою для можливого звільнення Уповноваженого³⁷.

Окрім того, гарантії у цій сфері також вимагають розгляду питання щодо розширення парламентської більшості, необхідної для звільнення Уповноваженого, наприклад до 3/5 або 2/3. Таке рішення означатиме належне застосування Принципу 11 Венеційських принципів, в якому зазначається, що *«парламентська більшість необхідна для усунення з посади Уповноваженого – самим парламентом або судом на запит парламенту – має дорівнювати, а бажано перевищувати ту, яка необхідна для обрання»*³⁸.

2. Варто звернути увагу на відображення у Законі виключної можливості для Уповноваженого надавати рекомендації щодо призупинення виконання адміністративного або дисциплінарного рішення у виняткових випадках і на визначений період або до завершення розслідування Омбудсманом, де виконання такого рішення може призвести до непоправної шкоди, яка буде завдана правам скаржника. У кожному такому випадку Уповноважений зобов'язаний визначити рекомендовані заходи і детально обґрунтувати, чому він/вона вирішили здійснити такий крок. Відповідний орган влади може відмовитись від виконання рекомендації, надавши пояснення без зайвої затримки, про причини такої відмови і у будь-якому випадку, зробивши це до виконання заходу, що оскаржується. Однак для відмови від виконання рекомендацій мають бути дуже поважні причини. Такі випадки мають розглядатися Офісом омбудсмана у пріоритетному порядку та завершуватися в найкоротший термін³⁹.

3. Закон не містить достатніх гарантій недоторканості Уповноваженого. У статті 20 просто зазначено, що *«Уповноважений користується правом недоторканності на весь час своїх повноважень»*. Важливою гарантією, пов'язаною з недоторканістю Уповноваженого, є зобов'язання детально визначити у цьому Законі процедуру надання згоди парламенту на кримінальне переслідування Уповноваженого, а також в цьому контексті детально визначити умови, за яких може відбутися його/її арешт чи досудове взяття під варту⁴⁰.

4. Ще одне питання, яке має особливе значення, стосується функціональної недоторканості Уповноваженого. Не тільки Уповноважений і його/її заступники, але також його/її співробітники, які приймають рішення, повинні мати імунітет від судового переслідування за усні або письмові висловлювання та дії, які здійснювались ними під час виконання посадових обов'язків. Такий імунітет повинен зберігатись навіть після завершення мандату Уповноваженого або після того, як співробітники припинили працювати в офісі Уповноваженого. Такий імунітет має

³⁷Див.: наприклад, в Іспанії: «груба недбалість при виконанні посадових обов'язків і повноважень» (стаття 5.1.d Федерального закону про Омбудсмана від 6 квітня 1981 року (з поправками),

<https://www.defensordelpueblo.es/en/wp-content/uploads/sites/2/2015/06/LOIngles.pdf>;

див. також частину II.5 Рекомендацій КМСМ/Рес (2021)1, де зазначається, що *«Процедура звільнення повинна (...) обмежуватись лише тими діями, які негативно впливають на здатність лідерів НІПЛ виконувати свої посадові обов'язки»*;

³⁸Див. також: наприклад, в Словенії: стаття 21, Закон про Омбудсмана з прав людини; в Іспанії: стаття 5.2 Федерального закону про Омбудсмана;

³⁹Див.: наприклад, в Косові: виноска 15, стаття 18.5; в Боснії і Герцеговині: стаття 24, Закон про Омбудсмана з прав людини Боснії і Герцеговини від 22 січня 2004 року; https://www.legislationline.org/download/id/3360/file/Bosnia_and_Herzegovina_Lawonombudsman_2004_en.pdf

⁴⁰Див.: наприклад, стаття 7, Закон про Уповноваженого з прав людини, Республіка Польща (1987), (з поправками).

також поширюватиметься на багаж, кореспонденцію і засоби комунікації Уповноваженого⁴¹.

5. До Закону необхідно внести зміни, додавши пункт про те, приміщення Уповноваженого є недоторканими. Необхідно забезпечити недоторканість архівів, файлів, документів, засобів зв'язку, майна, коштів і активів Уповноваженого, незалежно від того, де і в кого вони знаходяться і зберігаються, а також гарантувати імунітет від обшуку, вилучення, реквізиції, конфіскації, експропріації або будь-якої іншої форми втручання, незалежно від того, чи то дії виконавчої, адміністративної, судової або законодавчої гілки влади⁴².

6. Закон повинен містити спеціальне положення, що вимагає відкритої, прозорої та змістовної консультативної роботи з Уповноваженим щодо внесення будь-яких змін до цього Закону на всіх етапах законотворчого процесу⁴³.

С. Рекомендації

1. Щодо запропонованих змін

Вищезазначені коментарі і пропозиції свідчать про те, що хоча представлений на правовий аналіз проект Закону містить низку поправок, що наближають чинні правові норми до європейських стандартів і європейської практики, він все ж таки потребує глибшої роботи і осмислення задля повноцінного впровадження вищезазначених цілей.

Зокрема, авторам проєкту Закону слід:

- 1) підготувати нову редакцію запропонованої статті 2 в частині надання Уповноваженому повноважень у справах, що стосуються *«органів державної влади і місцевого самоврядування»*, а не *«їхніх посадових осіб»*;
- 2) переглянути запропоновані винятки з повноважень Уповноваженого відповідно до Венеційських принципів;

⁴¹Див.: наприклад, Висновок № 540/2009 щодо проєкту поправок до Закону про захисника прав і свобод людини в Чорногорії, прийнятий Венеційською комісією, 9 – 10 жовтня 2009 року, CDL-AD(2009) 043, § 28 – 29,

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL\(2009\)109-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL(2009)109-e)

⁴²Див.: наприклад, Спільний висновок Венеційської комісії № 724/2013 і БДІПЛ № NHRI – TUN/233/2013 ПроЗакон (...), що стосується Вищого комітету з прав людини і основоположних свобод Республіки Туніс, підготовлений Венеційською комісією і ОБСЄ/БДІПЛ, прийнятий Венеційською комісією, 14 – 15 червня 2013 року, CDL-AD(2013) 019, § 52,

https://www.legislationline.org/download/id/4461/file/233_NHRI_TUN_17%20June%202013_en.pdf

Висновок щодо поправок до Закону з питань захисника прав людини Вірменії, №. 397/2006, прийнятий Венеційською комісією, 15 – 16 грудня 2006 року, CDL – AD (2006)038, § 76,

[https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2006\)038-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2006)038-e)

⁴³Див.: Белградські принципи з питань відносин між національними інституціями з прав людини і парламентів, 22 – 23 лютого 2012 року, § 4, §§ 27 - 28,

https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session20/A-HRC-20-9_en.pdf;

ОБСЄ БДІПЛ, Висновок щодо проєкту Закону, що запроваджує народного адвоката з питань прав підприємців, 19 березня 2021 року, NHRI – MDA/392/2020, §§ 19 – 25.

<https://www.osce.org/files/f/documents/5/c/482083.pdf>

- 3) підвищити кваліфікаційні вимоги до кандидатів на посаду Уповноваженого, зокрема стосовно їхнього досвіду у сфері захисту прав людини;
- 4) вилучити із запропонованих винятків певні вказані категорії осіб, що не можуть подаватися на посаду Уповноваженого;
- 5) розглянути відкриту і прозору процедуру відбору на основі публічного конкурсу або забезпечити кращі можливості для участі представників громадянського суспільства у процесі відбору кандидатів і розширити список організацій громадянського суспільства або суб'єктів, які уповноважені пропонувати кандидатів на посаду, аби цей список містив інші організації, а не тільки ті, які працюють у сфері захисту прав людини;
- 6) детальніше прописати процедуру попереднього відбору кандидатів;
- 7) передбачити обрання нового Уповноваженого до завершення строку перебування на посаді діючого Уповноваженого;
- 8) розглянути можливість перебування на посаді Уповноваженого впродовж одного строку, але який триватиме набагато довше, ніж поточний;
- 9) розглянути можливість чітко прописати у Законі повноваження Уповноваженого діяти як *amicus curiae* не тільки у національних судах, але також і у ЄСПЛ і КМ Ради Європи;
- 10) створити належні законодавчі засади для ширшої співпраці з міждержавними організаціями і міжнародними громадськими організаціями в контексті діяльності Уповноваженого, пов'язаної з міжнародними або внутрішніми збройними конфліктами на території України, ніж запропоновані у проекті Закону;
- 11) забезпечити максимально широкий доступ до Уповноваженого без будь-яких зайвих формальностей задля того, щоб цей інститут став справді «легко доступним для кожного»;
- 12) чітко прописати у проекті Закону відповідні спеціальні умови щодо доступу до Уповноваженого скажників з особливими потребами;
- 13) гарантувати право скажників подавати скаргу рідною мовою, за умови, що витрати на переклад візьме на себе держава;
- 14) вилучити обмеження щодо доступу до інституту Уповноваженого юридичних осіб приватного права відповідно до запропонованої статті 17;
- 15) відмовитися від збереження повноваження Уповноваженого видавати «приписи» зобов'язального характеру.

2. Інші рекомендації

Також автори проекту Закону мають:

- 15) надати роз'яснення критерію «порушення присяги» у статті 9 задля уникнення будь-якого зловживання – зокрема політичного – цією підставою для можливого звільнення Уповноваженого;

- 16) розглянути можливість розширення парламентської більшості, необхідної для звільнення Уповноваженого, наприклад, до 3/5 або 2/3;
- 17) детально визначити процедуру надання згоди парламенту на кримінальне переслідування Уповноваженого, а також в цьому контексті детально визначити умови, за яких може відбутися його/її арешт чи досудове взяття під варту;
- 18) врахувати у Законі виключну можливість Уповноваженому надавати рекомендації щодо призупинення виконання адміністративного або дисциплінарного рішення у виняткових випадках і на визначений період або до завершення розслідування Омбудсманом, де виконання такого рішення може призвести до непоправної шкоди, яка буде завдана правам скаржника;
- 19) гарантувати Уповноваженому і його/її заступникам, але також його/її співробітникам, які приймають рішення, імунітет від судового переслідування за усні або письмові висловлювання та дії, які здійснювались ними під час виконання посадових обов'язків. Такий імунітет повинен зберігатись навіть після завершення мандату Уповноваженого або після того, як співробітники припинили працювати в офісі Уповноваженого. Такий імунітет має також поширюватиметься на багаж, кореспонденцію і засоби комунікації Уповноваженого;
- 20) гарантувати недоторканість приміщень офісу Уповноваженого, архівів, файлів, документів, засобів зв'язку, майна, коштів і активів Уповноваженого, незалежно від того, де і в кого вони знаходяться і зберігаються, а також імунітет від обшуку, вилучення, ревізії, конфіскації, експропріації або будь-якої іншої форми втручання, незалежно від того, чи то дії виконавчої, адміністративної, судової або законодавчої гілки влади;
- 21) передбачити спеціальне положення, що вимагає відкритої, прозорої та змістовної консультативної роботи з Уповноваженим щодо внесення будь-яких змін до цього Закону на всіх етапах законотворчого процесу.