

**МІРИЛО ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА (ПРАВОВЛАДДЯ)
НАЦІОНАЛЬНОГО РІВНЯ:**

ПРАКТИКА УКРАЇНИ

RULE OF LAW CHECKLIST AT NATIONAL LEVEL:

CASE OF UKRAINE

Київ - 2020

Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України (Rule of law Checklist at national level: case of Ukraine) / за заг. ред. М. Козюбри, упорядники та автори коментарів: В. Венгер, А. Заєць, Є. Зверєв, М. Козюбра, Ю. Матвєєва, О. Цельєв; Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія». – Київ, 2020. – 144 с.

Загальна редакція: М. Козюбра.

Авторський колектив: В. Венгер, А. Заєць, Є. Зверєв, М. Козюбра, Ю. Матвєєва, О. Цельєв.

Підготовка та опрацювання матеріалу: В. Ткаченко.

Видання підготовлено в рамках спеціального дослідження, що його проведено експертами Центру дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія» за підтримки проекту Офісу Ради Європи в Україні «Підтримка конституційних і правових реформ, конституційне правосуддя та допомога Верховній Раді у проведенні реформ, спрямованих на підвищення її ефективності» в рамках Плану дій для України на 2018-2021 роки.

© Рада Європи, Центр дослідження проблем верховенства права та його втілення в національну практику України Національного університету «Києво-Могилянська академія»

ЗМІСТ

ВСТУПНЕ СЛОВО.....	5
ЗАКОННІСТЬ	8
1. Верховенство Конституції	11
2. Пріоритетність (вищість) закону в ієрархії нормативних актів	15
3. Підстави нормотворчих повноважень органів виконавчої влади та їх межі.....	18
4. Міжнародне право та національне законодавство.....	21
5. Ступінь розвиненості законодавчих процедур	26
6. Законність в умовах надзвичайного стану	30
7. Стан виконуваності законодавства.....	33
ЮРИДИЧНА ВИЗНАЧЕНІСТЬ.....	37
1. Чіткість та передбачність законодавства	39
2. Доступність та стабільність законодавства.....	44
3. Дотримання принципу правомірних (легітимних) очікувань при ухваленні законів та інших нормативних актів	47
4. Стан законодавчого забезпечення (дотримання) принципів юридичної відповідальності.....	59
5. Умови забезпечення юридичної визначеності.....	53
6. Відповідність юридичної практики законіві	59
РІВНІСТЬ ПЕРЕД ЗАКОНОМ І НЕДИСКРИМІНАЦІЯ	62
1. Рівноправність.....	63
2. Рівність перед законом	68
3. Недискримінація та основні вимоги.....	73
4. Особливості дискримінації в окремих випадках.....	77
5. Позитивна дискримінація	80
ДОМІРНІСТЬ (ПРОПОРЦІЙНІСТЬ).....	86
1. Основні вимоги домірності та стан їх законодавчого унормування.....	88
2. Вимоги придатності.....	92
3. Вимога потрібності	95
4. Заборона перебільшення.....	98
5. Заборона формалізму.....	101
ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОВЖИВАННЮ ПОВНОВАЖЕННЯМИ	105
1. Конституційні гарантії обмеження дискреційних повноважень	107
2. Законодавчі механізми обмеження дискреційних повноважень та запобігання зловживанню ними.....	110
3. Судовий контроль за здійсненням дискреційних повноважень органами публічної влади.....	113
4. Покарання за зловживання повноваженнями	116

ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ	120
1. Конституційні гарантії судівництва.....	123
2. Незалежність суду.....	127
3. Справедливе судочинство.....	131
4. Судовий конституційний контроль	135
5. Виконуваність судових рішень	139

Вступне слово

Функціонування демократичної держави на сучасному етапі розвитку людства вимагає врахування не тільки історичних, культурних чи інших національних особливостей але й застосування універсальних здобутків та доробку у сфері прав людини та організації публічної влади. Такі здобутки в юридичному аспекті об'єктивуються в міжнародних стандартах, які напрацьовані авторитетними експертними органами та інституціями. Робота Європейської комісії за демократію через право (Венеційської комісії) вже давно є орієнтиром для розвитку національних юридичних систем.

Доповіді, висновки та інші аналітичні матеріали Венеційської комісії у сфері конституційного права узагальнюють здобутки та значною мірою визначають вектор розвитку конституційного права в Європі та далеко за її межами. Ціннісною основою та ключовою метою таких матеріалів є сприйняття безумовного пріоритету прав людини в сучасному демократичному суспільстві. Венеційська комісія визначає верховенство права (правовладдя) як основний інструмент досягнення такої мети – гарантування та захисту прав людини.

Низка напрацьовань Венеційської комісії щодо правовладдя визначають не тільки орієнтири сприйняття цього правового концепту, але й основні вимоги до його імплементації в практичне життя. Такі вимоги визначають досить загальні рамки для розуміння сутності верховенства права, його основних елементів (складників) та ціннісного спрямування. При цьому, деталізація, розвиток та адаптація до особливостей юридичної системи кожної держави має здійснюватися додатково на національному рівні.

З огляду на зазначене, «Мірило верховенства права (правовладдя) національного рівня: практика України» (далі – Мірило) є комплексним деталізованим інструментом практичного оцінювання стану верховенства права (правовладдя), як у нормотворчій, так і нормозастосовчій діяльності. Цей інструмент спирається на ухвалений Венеційською комісією на її 106-му пленарному засіданні (Венеція, 11–12 березня 2016 р.) документа “Rule of Law Checklist” (Мірило правовладдя)

(CDL-AD (2016) 003), який своєю чергою є розвитком позиції Венеційської комісії, вираженій в Доповіді про верховенство права, ухваленій Венеційською комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) (CDL-AD(2011)003rev). В обох названих документах закріплюється ключова ідея, що незважаючи на відмінності правових культур та національних юридичних систем, правовладдя передбачає наявність системи чітких приписів права, що гарантують кожному право на гідне, рівне та справедливе ставлення, а також право на оскарження до незалежного суду згідно справедливих процедур.

Водночас «Мірило національного рівня» включає кілька головних складників верховенства права (правовладдя) та їх елементів, що є особливо актуальними саме для українських умов, як-то: законність, юридична визначеність, рівність перед законом і рівноправність (недискримінація), домірність (пропорційність), запобігання зловживанню повноваженнями (обмеження дискреційних повноважень), доступ до правосуддя.

Власне, крім складників верховенства права (правовладдя), що їх містить зазначений документ Венеційської комісії, тут додатково включено принцип домірності (пропорційності), який є істотно важливим для юридичної практики. У «Мірилі національного рівня» також дещо змінено підхід до викладу такого складника верховенства права (правовладдя), як «запобігання зловживанню повноваженнями». Основну увагу в цьому блоці приділено такому елементові, як «обмеження дискреційних повноважень». Це також обумовлено особливостями нормозастосування. Загалом, ці та інші частини тут викладено з урахуванням особливостей української національної юридичної системи та потреб практичної нормотворчості й нормозастосування.

Кожен зі складників поділено на детальніші теоретичні компоненти, що їх згруповано в блоки питань, щоб розкрити сутність відповідного принципу. До кожного блоку питань подано коментарі експертів, в основу чого покладено аналіз законодавчої діяльності Верховної Ради України (парламенту) та практики нормозастосування, насамперед, в українських судах. Структура та змістове наповнення «Мірила національного рівня» зорієнтовано на доступний та структурований виклад теоретичного матеріалу щодо верховенства права (правовладдя) у формі, що максимально уможливило його практичне застосування.

Імплементация міжнародних стандартів в національну юридичну систему здійснюється передовсім на законодавчому рівні. Саме тому, це «Мірило» спрямовано щонайперше на законодавчий процес та практику нормопроєктування. Відповідно, основною цільовою аудиторією є фахів-

ці, що їх долучено у Верховній Раді України та поза нею до розроблення проєктів нормативних актів, їх експертного опрацювання, ухвалення та реалізації.

Цей інструмент стане в нагоді також суб'єктам нормозастосування, насамперед суддям Конституційного Суду України та судів загальної юрисдикції. Адже оцінювання стану верховенства права (правовладдя) має здійснюватися не у формі зовнішнього контролю, а це має бути неспинний процес щоденного застосування приписів права з усвідомленням сутності й змісту верховенства права (правовладдя) та його складників.

Авторський колектив висловлює щире подяку представнику України в Європейській комісії за демократію через право (Венеційська комісія) Ради Європи С. Головатому за слушні поради при підготовці цього документу та участь у його редагуванні.

ЗАКОННІСТЬ

Законність є одним із провідних складників верховенства права (правовладдя). Такою її розглядали творці концепції *The Rule of Law* (верховенство права/правовладдя), зокрема її основоположник, англійський конституціоналіст, професор Альберт Дайсі. Таким самим залишається ставлення до неї сучасних її послідовників, а також укладачів актів міжнародного права, спеціально присвячених цій темі, у тому числі таких документів Венеційської комісії, як «Report on the Rule of Law» (*Доповідь про правовладдя*)¹ та «Rule of Law Checklist» (*Мірило правовладдя*)², ухвалених відповідно 25–26 березня 2011 р. та 11–12 березня 2016 р., що є доступними українською мовою, зокрема, на офіційній веб-сторінці Комісії.

У вітчизняній юридичній (та не тільки в такій) літературі за попередньою традицією під законністю переважно продовжують розуміти суворе й неухильне дотримання і виконання законів та інших оснований на законах (підзаконних) нормативних актів усіма суб'єктами права, тобто органами державної влади й органами місцевого самоврядування, їх посадовими особами, громадськими та іншими об'єднаннями, а також громадянами.

Не заперечуючи того, що головна вимога законності полягає в послідовному й неухильному втіленні в життя законів і підзаконних нормативних актів, водночас слід зазначити, що розгляд законності у світлі верховенства права (правовладдя) вимагає істотних уточнень указанного визначення.

Десятиліттями панівна в нашому суспільстві концепція законності акцентувала увагу лише на її формально-процедурних вимогах, повністю ігноруючи вимоги щодо змісту «законів». Вона

¹ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev2-uk](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev2-uk)

² [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-ukr)

залишалася байдужою до реальних цілей «закону» і з однаковою ефективністю обслуговувала різні цілі – як прогресивні, так і реакційні, співіснуючи з брутальними порушеннями владою природних, невідчужних прав і свобод людини. Формальна законність не пропонує жодних механізмів обмеження владного волюнтаризму й свавілля. У цьому плані вона вступає в суперечність з історичною традицією верховенства права (правовладдя), метою якого завжди було не просто формальне забезпечення порядку, визначеного законами та іншими нормативними актами, що їх установлено органами публічної влади, а утвердження такого правопорядку, який обмежує абсолютизм державної, передусім виконавчої, влади та ставить її під контроль суспільства, створюючи для цього відповідні юридичні механізми. Тобто, на відміну від радянської традиції (яка фактично не відрізнялася від юридико-позитивістської інтерпретації законності), концепція верховенства права (правовладдя) (*Rule of Law*) не зводить законність до формального виконання будь-якого «закону», до «здійснення влади шляхом корисливого застосування закону» (*Rule by the Law*), безвідносно до його змісту. Таке формальне розуміння законності, на думку практично всіх західних правознавців, не забезпечує достатніх обмежень влади, що є доконечною вимогою верховенства права (правовладдя).

Верховенство права (правовладдя) передбачає законність, основану, по-перше, на визнанні й беззастережному сприйнятті людини як найвищої цінності, убезпеченні її від свавілля владних інституцій та їх посадових осіб, тобто законність, що її у вітчизняній літературі досить часто іменують правозаконністю. Такий підхід до розуміння законності цілком відповідає практиці Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), який у своїх рішеннях неодноразово акцентував увагу на тому, що поняття «згідно із законом» означає «щоб приписи закону не суперечили принципів верховенства права (правовладдя)».

По-друге, вимога законності згідно із принципом верховенства права (правовладдя) поширюється передусім на діяльність орга-

нів публічної влади та їх посадових осіб, а не на громадян та їх об'єднання, як це за попередньою радянською традицією досі нерідко прийнято вважати у вітчизняному правознавстві. За такого розпорощення суб'єктів законності нівелюється підвищена небезпека порушень закону (приписів права) посадовими особами порівняно з його порушенням громадянами, що фактично суперечить правовладдю як протилежності владного свавілля.

Адже, коли йдеться про масові порушення законності в період тоталітаризму (особливо в 30–50 роки минулого століття), то мається на увазі її порушення зовсім не пересічними громадянами, а державними, передусім репресивними, органами та їх посадовими особами. Порушення закону громадянами підпадає переважно під інше поняття, яким широко оперують в юриспруденції – порушення правопорядку.

Законність також передбачає, що жодну особу не може бути покарано, якщо вона не порушила закону (приписів права), а також невідворотність покарання за його порушення.

Законність – доволі багатогранне й багатобарвне явище. У різних своїх проявах вона може виступати:

- як принцип діяльності держави, її органів, органів місцевого самоврядування та посадових осіб усіх рівнів, відповідно до якого вони мають діяти суворо на основі закону (приписів права), у його (їх) межах;
- як метод публічно-владного управління суспільством та окремими його сферами, що передбачає здійснення функцій і повноважень відповідними органами та їх посадовими особами виключно в законний спосіб – шляхом ухвалення законів, що відповідають принципам верховенства права (правовладдя), і основаних на них підзаконних актів та забезпечення їх неухильного виконання;
- як такий політико-юридичний режим суспільного життя, за якого створення в суспільстві морально-політичної атмосфе-

ри, що ґрунтується на точному й неухильному виконанні законів, спрямованих на захист прав і свобод людини, у забезпечення її від свавілля, а суспільства – від насильства й хаосу, стає основою їх життєдіяльності.

1. Верховенство Конституції

Чи має Конституція України високий рівень легітимності в суспільстві?

Чи охоплює, втілює в собі Конституція України всі вимоги, що є складниками верховенства права (правовладдя)?

Чи послідовно проведено в Конституції принцип найвищої юридичної сили в системі нормативних актів?

Чи дотримано в нормотворчій та нормозастосовчій практиці принцип найвищої юридичної сили Конституції?

Чи забезпечено принцип прямої дії норм Конституції в нормотворчій і нормозастосовчій практиці?

Якою мірою чинне законодавство відповідає Конституції України?

Чи оперативним є ухвалення законів, що їх передбачено Конституцією України?

Чи оперативним є ухвалення підзаконних актів, потрібних для реалізації Конституції України?

Чи відповідають дії органів виконавчої влади вимогам норм Конституції України?

Чи є достатніми наявні в Конституції України засоби стримання влади в межах вимог, що їх нею декларовано?

Чи діють ефективно передбачені Конституцією органи й посадові особи, покликані захищати права і свободи людини та громадянина?

Чи є ефективними передбачені Конституцією України судові гарантії захисту прав людини?

Коментар

Фундаментом утвердження та поступального зміцнення режиму законності є Конституція – засадничий закон суспільства і держави.

Конституції сучасних демократичних держав є уособленням загальнолюдських і національних цінностей, у тому числі верховенства права (правовладдя) та його складників, що знаходить свій прояв у втіленні у цьому фундаментальному законі основоположних прав і свобод людини, підпорядкуванні всієї діяльності держави правам і свободам та її зв'язаності ними. Це надає юридичній системі стабільності й визначеності, що є одним із визначальних умов верховенства права (правовладдя).

До найважливіших властивостей Конституції як Зasadничого Закону відносять її верховенство, тобто визначальність, пріоритетність її становища в системі джерел національного права, що забезпечується особливим порядком її ухвалення та внесення змін до неї.

Конституція є актом публічного права установчого характеру, що його ухвалює безпосередньо сам народ (шляхом референдуму), або ж спеціальні представницькі органи народу (установчі збори), або парламент. Установчий характер Конституції проявляється у встановленні нею фундаментальних засад юридичного статусу людини і громадянина, державного суверенітету, політичного режиму, організації і функціонування державної влади на основі принципу народовладдя, поділу влади на законодавчу, виконавчу й судову та ін.

Тому особливо важливим із цього погляду є рівень легітимності Конституції в суспільстві, тобто суспільна підтримка й сприйняття її приписів, що відображає рівень легітимності влади в країні в цілому. Втрата такої легітимності загрожує руйнуванням основ народовладдя, державності, парламентаризму, підриває гарантії основоположних прав та свобод людини і громадянина.

Серед ознак верховенства (визначальності) Конституції слід назвати насамперед принцип її найвищої юридичної сили. Це означає, що всі закони та інші нормативні акти мають відповідати Конституції, а в разі невідповідності – їх має бути визнано неконституційними, а отже, нечинними.

Конституція є базовим юридичним документом, норми якої слугують первинною основою для регулювання суспільних відносин, діяльності органів державної влади та їх посадових осіб. Як акт найвищої юридичної сили, Конституція відіграє визначальну роль в ієрархії нормативних актів держави.

Вона цементує всю юридичну систему країни на основі єдиних принципів, засадничих норм функціонування держави. Тому виконання Конституцією цієї доміантної ролі зумовлює потребу втілення в ній низки положень і послідовного проведення їх у всій системі законодавства.

Мова йде насамперед про складники верховенства права (правовладдя), з-поміж яких, зокрема, – юридична визначеність, заборона свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав людини, недискримінація та рівність перед законом, а також про послідовне проведення в самій Конституції принципу її найвищої юридичної сили щодо законів та інших нормативних актів (Президента, Кабінету Міністрів, центральних органів виконавчої влади тощо).

Верховенство Конституції знаходить свій прояв також у прямій дії її норм.

Пряма дія Конституції є однією з вирішальних умов інтеграції її змісту в соціальну практику. Усупереч поширеній думці, відповідно до якої пряма дія конституційних норм пов'язана виключно з нормозастосовчою практикою, зокрема судовою, слід зазначити, що така дія властива всім формам державної діяльності – законодавчій, виконавчій та судовій. Пряма дія норм Конституції України має місце також при здійсненні особою конституційних прав і свобод.

Стосовно законодавця пряма дія Конституції означає, що при ухваленні законів він має конкретизувати й деталізувати конституційні приписи, а також установлювати процесуальні форми їх реалізації. Відступати від Конституції, від закладених у ній ціннісних орієнтирів законодавець не має права. На жаль, вітчизняна законодавча практика дає чимало прикладів недотримання Верховною Радою України цієї вимоги.

Конституція України містить низку інших юридичних інституцій і механізмів, які за належної реалізації здатні забезпечити втілення в життя принципу верховенства права (правовладдя) загалом і законності як його складника.

Особливі вимоги в контексті законності висунуто до діяльності органів державної влади та їх посадових осіб. Конституція у статті 19 передбачає, що органи державної влади, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що їх передбачено Конституцією та законами України.

Вимога законності зумовлює потребу в засобах утримання органів державної влади та їх посадових осіб у межах вимог, що їх нею встановлено, та відповідний контроль за їх діями (як-от конституційний контроль, механізми оскарження неправомірних рішень, дій або бездіяльності органів державної влади та їх посадових осіб тощо). Вагома роль у системі цих засобів належить судовій владі, від ефективності якої в кінцевому підсумку залежить стан дотримання прав та свобод людини і громадянина.

З огляду на викладене можна оцінити реальність або фіктивність верховенства Конституції України, а відповідно – стан самої законності в державі залежно від того, чи відповідає фундаментальний закон України своєму призначенню, тобто чи втілює він надбання людства в царині верховенства права (правовладдя), чи реалізуються вимоги норм Конституції на практиці, яким є ступінь ефективного гарантування й захисту прав та свобод людини і громадянина з боку органів державної влади та їх посадових осіб, чи

наявні належні судові гарантії захисту прав людини, чи реально здійснюється принцип верховенства права (правовладдя), чи своєчасним є ухвалення потрібних законодавчих актів та чи відповідають вони Конституції.

2. Пріоритетність (вищість) закону в ієрархії нормативних актів

Чи відповідає зміст законів конституційним принципам і визначеним Конституцією цінностям?

Чи з належною повнотою визначено законом повноваження органів державної влади?

Чи є наявними чіткі законодавчі межі між повноваженнями різних органів державної влади?

Чи є визначальною роль парламенту в ухваленні законів?

Чи парламент дотримується визначених законом процедур?

Чи дотримано в підзаконних актах конституційну вимогу «на основі та на виконання закону»?

Чи дотримується Президент установлених законом вимог щодо ухвалення ним нормативних актів?

Чи впливає нормотворча діяльність Уряду на законодавчу політику держави?

Чи здійснюють повноваження та виконують свої функції органи державної влади та їх посадові особи на основі Конституції та законів?

Чи мають місце випадки діяльності органів державної влади без законодавчого підґрунтя?

Чи виконують органи публічної влади свої обов'язки, що їм установлено законом задля забезпечення і захисту прав людини?

Чи належним чином визначено законом процедури органів, яким делеговано державні функції?

Коментар

Пріоритетність (вищість) закону в системі нормативних актів є одним із провідних елементів законності.

За попередньою вітчизняною традицією серед конкретних вимог принципу законності часто називається вимога верховенства закону. Збереження самого терміну «верховенство закону» у зв'язку з введенням у національну юридичну систему принципу верховенства права (правовладдя) видається сумнівним. Оперування цими двома термінами породжує певну плутанину, оскільки англійське «*rule of law*» досить часто політики, журналісти й особливо перекладачі творів іноземних авторів подають як «верховенство закону» (англійське «*law*», як відомо, українською мовою перекладається і як «право», і як «закон»). З огляду на таку плутанину та з метою запобігання їй термін «верховенство закону» не є наявним у Конституції України.

Водночас Конституція України містить низку приписів, які свідчать про те, що вона міцно стоїть на позиціях провідної ролі (вищості) закону в системі нормативних актів (зрозуміло, після самої Конституції як акта найвищої юридичної сили). Це чи не найпереконливіше засвідчено статтею 92 Конституції, що нею встановлено перелік питань, які стосуються предмета регулювання законом. Цей перелік охоплює практично всі сфери юридичного регулювання, хоча в одних випадках визначення законом є вичерпним і не залишає будь-яких можливостей для регулювання на рівні підзаконних актів, а в інших – передбачається, що закон установлює лише засади регулювання, дозволяючи їх конкретизувати шляхом ухвалення підзаконних нормативних актів.

Провідна роль закону відображає один із визначальних принципів демократизму – належність влади народові, який здійснює її як безпосередньо, так і через представницькі органи влади, до яких належить, зокрема, і парламент; така провідна роль закону має створювати базу для єдності та внутрішньої узгодженості всієї

системи нормативних актів, що є однією з вимог верховенства права (правовладдя).

Закони з належною повнотою й точністю мають визначати найважливіші питання організації й діяльності органів державної влади та їх посадових осіб. Законом не можна делегувати органам виконавчої влади повноваження щодо врегулювання питань, що їх має регулювати виключно закон (стаття 92 Конституції України), а також із належною повнотою визначати сферу повноважень кожного з таких органів державної влади.

Виключно законом має бути визначено також права та свободи людини і громадянина, гарантії цих прав і свобод, основні обов'язки громадянина, громадянство, правосуб'єктність громадян, статус іноземців та осіб без громадянства, порядок застосування мов, територіальний устрій України, судоустрій, судочинство, статус суддів, організацію й діяльність прокуратури, засади відповідальності за цивільним правом, діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них. До виключного предмета регулювання законом належить, крім того, установлення засад зовнішніх зносин, використання природних ресурсів, національної безпеки, місцевого самоврядування тощо.

Роль парламенту в законодавчому регулюванні найважливіших суспільних відносин та формуванні юридичної політики держави має бути визначальною. Тому таку діяльність не повинен підміняти уряд; урядові акти мають використовуватися не для формування юридичної політики держави, а для її реалізації.

Пріоритетність (вищість) закону означає не тільки те, що всі, кого вони стосуються, мають неухильно виконувати закони, а й вимогу до органів публічної влади ухвалювати свої нормативні акти на основі та на виконання закону. Випадки діяльності органів виконавчої влади без законодавчого підґрунтя є прямим порушенням статті 19 Конституції України. Органи публічної влади також мають виконувати свої обов'язки, що їх встановлено законом, задля

забезпечення й захисту прав людини, а також охороняти права особи від їх порушення приватними суб'єктами.

У разі делегування певних повноважень органів виконавчої влади іншим органам, зокрема органам місцевого самоврядування, їх виконання має здійснюватися на належній законодавчій основі, включаючи процедуру здійснення цих повноважень.

Важливим показником законності є дотримання всіма органами державної влади передбачених Конституцією та законами процедур їх діяльності та процедур ухвалення ними нормативних актів, розв'язання всіх інших питань, що належать до їх компетенції. Недотримання установлених законом або іншими нормативними актами процедур або ж їх брак є серйозним порушенням принципу законності.

3. Підстави нормотворчих повноважень органів виконавчої влади та їх межі

Чи належить лише парламенту прерогатива ухвалювати закони?

Чи може парламент ухвалювати закони з питань, що їх Конституцією не віднесено до його повноважень?

Чи є виправданим делегування парламентом його окремих нормотворчих повноважень органам виконавчої влади?

Чи є потреба у визначенні законом нормотворчих повноважень органів виконавчої влади та їх меж?

Чи є випадки регулювання прав і свобод людини підзаконними актами?

Чи ухвалюються в окремих випадках підзаконні акти з питань організації та діяльності органів виконавчої влади?

Чи ухвалюють органи виконавчої влади підзаконні акти, які регулюють їх нормотворчі повноваження?

Чи відповідають нормотворчі повноваження органів виконавчої влади функціям, які вони виконують?

Чи ефективно здійснюють органи виконавчої влади свої нормотворчі повноваження?

Чи є потреба в урегулюванні законом загальних питань щодо здійснення нормотворчих повноважень органами державної влади?

Чи регулюють підзаконні акти питання оприлюднення законів і підзаконних актів?

Чи є випадки, коли до відома людей не доведено підзаконні нормативні акти стосовно прав людини?

Коментар

Законодавча функція належить виключно парламенту, яку він здійснює шляхом ухвалення відповідних законів у найрізноманітніших сферах суспільного життя. Жодному органу не дозволено підмінювати парламент не лише в питанні ухвалення актів, що за силою є вищими від закону або рівними йому, а й утручатися в предмет законодавчого регулювання, тобто здійснювати нормотворчі повноваження з питань, що їх має регулювати виключно закон. Якщо такі повноваження делеговано іншим органам, зокрема урядові, таке делегування має бути виключного й екстраординарного характеру, відбуватися відповідно до Конституції України, бути обмеженим у часі, його має супроводжувати відповідний парламентський або судовий контроль. Під цим кутом зору слід оцінювати як сучасну практику, так і минулий досвід делегування урядові повноважень на ухвалення декретів, що мають силу закону, а окремі з них – продовжують діяти донині.

Щодо можливості ухвалення законів із питань, що їх прямо не віднесено до виключного законодавчого регулювання статтею 92 Конституції України, слід мати на увазі, що перелік питань, ви-

значених цією статтею, не є вичерпним. Тобто закон може бути ухвалено також із питань, не передбачених зазначеною статтею Конституції, за умови що їх не віднесено до виключної компетенції інших органів державної влади.

Законодавча діяльність має бути прозорою, а процедури опублікування й доведення до відома населення мають забезпечувати своєчасне інформування суб'єктів права про ухвалені норми права.

Так само на основі закону органи виконавчої влади здійснюють нормотворчі повноваження (повноваження на видання нормативних актів) виключно з метою виконання ними своїх функцій.

Нормотворчі повноваження органів виконавчої влади та їх межі мають бути врегульовані виключно законом відповідно до вимог Конституції, що зумовлено неодмінністю контролю за підзаконним регулюванням суспільних відносин і дискреційними повноваженнями виконавчої влади, які не можуть бути предметом регулювання актами підзаконного рівня.

Посадові особи публічної влади мають отримати дозвіл на здійснення своїх повноважень, а їх підзаконні акти мають відповідати законам та регулювати лише ті питання, що стосуються компетенції відповідного органу. Підзаконні акти, зокрема, не можуть визначати права і свободи людини і громадянина та їх найважливіші обов'язки. Це впливає з вимоги пункту 1 статті 92 Конституції України. Установлення будь-яким підзаконним актом норми про те, що права і свободи людини і громадянина може бути визначено урядовими або іншими підзаконними актами, слід розглядати як пряме порушення вимог Конституції України.

Вимога виключного регулювання законом стосується так само й процедури оприлюднення законів і підзаконних актів. Широка дискреція органів виконавчої влади, у тому числі й із питань нормотворчих повноважень, є ознакою авторитарних або диктаторських режимів.

Процедурні питання організації й діяльності органів виконавчої влади (порядок підготовки, обговорення, ухвалення нормативних актів тим чи іншим органом) можуть бути предметом регулювання підзаконними актами цих органів (зокрема, їх регламентами й положеннями про них). Однак у такому разі процедури мають бути прозорими, відповідати Конституції й законам України, а також загальним засадам нормотворчості.

4. Міжнародне право та національне законодавство

Чи врегульовано належним чином на рівні Конституції співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства?

Чи є потреба в додатковій конституційній регламентації співвідношення міжнародних договорів і національного законодавства?

Чи реалізовано в національному законодавстві принцип неухильного виконання зобов'язань, узятих Україною за міжнародним правом?

Чи є чіткі правила імплементації виконання зобов'язань, узятих державою за міжнародним правом?

Чи є ефективною окрема процедура виконання рішень Європейського суду з прав людини порівняно з рішеннями національних судів?

Чи виконує українська держава обов'язкові рішення міжнародних судів у частині дотримання прав людини і громадянина?

Чи потребують удосконалення процедури виконання судових рішень?

Чи має бути врегульовано законом процедуру імплементації в національне законодавство чинних міжнародних договорів України, які не потребують їх ратифікації парламентом?

Чи мають на практиці норми ратифікованих парламентом міжнародних договорів щодо прав людини пріоритет стосовно норм національного законодавства?

Чи є можливим укладення міжнародного договору, норми якого суперечать нормам Конституції?

Коментар

Юридичним вираженням законності в міжнародному праві є принцип *pacta sunt servanda* («договорів слід дотримуватися»). За для реалізації цього принципу юридична система країни має забезпечувати виконання міжнародних зобов'язань держави, узятих нею на підставі укладених міжнародних договорів, включаючи виконання рішень міжнародних судів, юрисдикцію яких визнано державою. Це досягається різними шляхами. Як правило, приписи щодо співвідношення міжнародного й національного права містяться в конституціях. Так, відповідно до статті 9 Конституції України, чинні міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України (така згода надається у формі ухвалення нею закону про ратифікацію міжнародного договору), стають частиною національного законодавства України. Цей припис безпосередньо не визначає місце міжнародного договору в ієрархії нормативних актів, а означає лише те, що його введено до системи законодавства України і він підлягає безпосередньому застосуванню вітчизняними нормозастосовчими органами. Тобто очікувати, поки приписи міжнародного договору буде трансформовано в акти внутрішнього законодавства, цим органам не потрібно. Вони зобов'язані їх застосовувати відразу ж після набрання ратифікованим міжнародним договором чинності з урахуванням наявних у законодавстві механізмів реалізації норм права.

На відміну від конституцій багатьох держав стаття 9 Конституції України обминає питання про співвідношення між міжна-

родним договором і національним законодавством України в разі виникнення колізії між ними. Цим спричинено різну, часом діаметрально протилежну, інтерпретацію цього питання у вітчизняній юридичній літературі. Намагання законодавця врегулювати його Законом «Про міжнародні договори України» бачиться як не зовсім коректне, оскільки такі питання зазвичай є прерогативою Конституції, а не звичайного закону, що за своїми юридичними властивостями не відрізняється від закону про ратифікацію міжнародного договору.

Визначальною для з'ясування зазначеного питання є позиція Венеційської комісії. У спеціальному підрозділі документа «*Rule of Law Checklist*» «*Мірило правовладдя*»), де йдеться про законність у контексті зв'язку між правом міжнародним і правом національним (див.: П.А.3), розв'язання цього питання поставлено в залежність від відповіді, зокрема, на таке питання: чи забезпечує національна юридична система згідність національного права з правом міжнародним щодо прав людини, включно з обов'язковістю рішень міжнародних судів? Тобто Венеційська комісія розглядає питання приведення національного законодавства у відповідність із міжнародними договорами з прав людини, а національної судової практики – із практикою міжнародних судів у таких справах, як один із найважливіших критеріїв оцінки стану верховенства права (правовладдя) у державі.

Не вдаючись тут до детального аналізу наявних у вітчизняній літературі поглядів стосовно можливих шляхів забезпечення такої відповідності, наголосимо на окремих важливих моментах, які допоможуть зорієнтуватися при розв'язанні цього непростого питання. Передусім, слід зазначити, що принцип міжнародного права *pacta sunt servanda* має беззастережний, абсолютний характер виключно в зовнішньополітичній діяльності України (стаття 18 Конституції України). Усі види чинних міжнародних договорів (тобто будь-який договір, що його укладено з іноземною

державою або іншим суб'єктом міжнародного права в письмовій формі, безвідносно до того, міститься такий договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, а також безвідносно до конкретного найменування – договір, угода, конвенція, пакт, протокол тощо) підлягають сумлінному дотриманню Україною відповідно до зазначеного вище принципу. Як учасниці міжнародного договору, державі не вільно посилалися на норми свого національного права як на виправдання для невиконання нею відповідного договору (на це однозначно вказується в статті 27 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р., учасницею якої є Україна).

Рівень дотримання норм міжнародних договорів у зовнішньополітичній діяльності не лише є свідченням добросовісності України як партнера у сфері міжнародних відносин, але й безпосередньо впливає на рівень захищеності українського бізнесу, охорони довілля, обміну інформацією, захисту промислової власності тощо.

Що стосується внутрішньодержавної діяльності, то Конституція України не визнає абсолютного примату будь-яких міжнародних договорів над всіма національними законами та іншими нормативними актами. Такий примат може бути визнано лише за міжнародними договорами певного виду або рангу – тими, які, поперше, потребують схвалення державою в особливому порядку (ратифікації) та, по-друге, внутрішньодержавна діяльність із забезпечення яких за сучасними міжнародними стандартами перестала бути виключно внутрішньою справою держави, тобто набула наднаціонального й надтериторіального характеру. До таких сфер внутрішньодержавної діяльності належить передусім забезпечення прав і свобод людини, що нині беззастережно визнано як у багатьох актах міжнародного права, так і конституційною доктриною та практикою більшості країн світу.

Це цілком вписується в сучасне розуміння верховенства права (правовладдя) як феномена, нерозривно пов'язаного з людиною, її

правами і свободами – універсальною цінністю безвідносно до націй, ідеологій, релігій тощо.

Потреба зміцнення юридичного захисту прав і свобод людини і громадянина актуалізує пошук шляхів збільшення позитивного впливу норм міжнародного права, забезпечення виконання Україною рішень міжнародних судових органів, зокрема Європейського суду з прав людини. Держава має чітко дотримуватися на практиці примату норм міжнародних договорів України щодо прав людини, ратифікованих Верховною Радою України, над нормами національного законодавства. При цьому важливо, щоб виконання міжнародних зобов'язань не призводило до виникнення паралельних систем виконання судових рішень, а стимулювало б щонайповніше упровадження міжнародних стандартів у сфері прав людини та відповідне посилення гарантій судового захисту прав людини в національній юридичній системі.

Процедури виконання рішень Європейського суду з прав людини мають бути імplementовані в загальну процедуру виконання рішень національних судів із дотриманням припису статті 129¹ Конституції України, згідно з яким контроль за виконанням судового рішення здійснює суд. Тим самим досягатиметься єдність процедури судочинства, здійснення справжнього правосуддя та забезпечення його кінцевої мети – захисту прав людини.

Поширена у вітчизняній літературі (особливо з міжнародного права) думка щодо примату всіх норм міжнародного права над національним законодавством (а іноді навіть і Конституцією) не ґрунтується на приписах Конституції України та європейських стандартах, зокрема на позиції Венеційської комісії, котра у своєму документі «*Rule of Law Checklist*» («*Мірило правовладдя*») зазначила, що міжнародне право «не завжди повинно мати верховенство (supremacy) над Конституцією або звичайним законодавством» (ordinary legislation) (див.: II.A.3.48). Тобто Венеційська комісія, так само як інші інституції Ради Європи, указуючи на «критичну

важливість реалізації міжнародного права в національній системі» (див.: П.А.3.47), зовсім не заперечує принципу суверенітету держави, зокрема її права самостійно визначатися (поза межами універсальних багатосторонніх міжнародних договорів) щодо сфер, у яких норми міжнародних договорів мають пріоритет стосовно норм національного законодавства загалом, у яких – частково, а в яких – зовсім не мають. Таке досягається в різні способи. Одним із найпоширеніших із них є той, коли ухвалюється окремий закон (інший нормативний акт), яким здійснюється імплементація норм міжнародного договору в національне законодавство, тобто здійснюється їх відтворення у відповідному національному акті права. Доволі часто законодавець вдається до практики вводити до текстів відповідних законів спеціальні колізійні норми, спрямовані на подолання колізій між цими законами й нормами міжнародного договору. Проте введення колізійних норм свідчить не про універсальність принципу примату норм всіх міжнародних договорів над національним законодавством України, як вважають деякі вітчизняні автори, а про самостійність України у виборі підходів до вирішення зазначених питань як прояв її державного суверенітету.

5. Ступінь розвиненості законодавчих процедур

Чи є достатнім урегулювання на рівні Конституції процедури ухвалення рішень парламентом?

Чи є ефективною процедура ухвалення законів парламентом?

Чи враховуються права меншості, етичні стандарти й добросовісність парламентарів у парламентській процедурі?

Чи належно врегульовано законом процедуру лобістської діяльності в парламенті?

Чи є достатньо прозорим і ефективним процес підготовки актів парламенту?

Чи врегульовано законом у потрібному обсязі процедуру опрацювання, обговорення, ухвалення й опублікування законів?

Чи є наявною належна повага до законотворчих процедур в органах державної влади?

Чи забезпечено законом своєчасну й належну конкретизацію нормативного регулювання суспільних відносин?

Чи бере належну участь громадськість в обговоренні проєктів законів перед їх поданням до парламенту та чи має вона вплив на їх ухвалення?

Чи є наявними процедури врахування думки громадськості за результатами обговорення проєктів законів?

Чи здійснюється оприлюднення найважливіших проєктів законів із метою їх належної апробації?

Чи здійснюється реальна експертиза проєктів законів із метою запобігання необґрунтованим рішенням?

Чи є наявними моніторинг виконання законів і його процедура та чи є він достатньо ефективним?

Коментар

Законодавчі процедури мають на меті забезпечити належне волевиявлення представників народу. Отже, ці процедури мають бути демократичними, прозорими, ефективними, відповідати Конституції та законам України. Конституція регулює лише засади організації та здійснення законодавчої влади, дотримання парламентських процедур. Комплексно питання парламентської процедури має врегульовувати регламент парламенту, який у більшості країн розвинутої демократії має силу закону, хоч і не завжди його укладено у формі закону. Відповідного контролю з боку глави держави (вето) стосовно регламенту з огляду на традиційну парламентську автономію щодо врегулювання парламентської процедури не вимагається.

Процедура ухвалення рішень парламентом має забезпечувати насамперед реальне волевиявлення кожного парламентаря, верховенство парламенту щодо визначення змісту законів, ретельно врегульовувати питання делегованих повноважень у разі їх потреби, сповідувати повагу до парламенту як органу законодавчої влади, а також до процедури ухвалення законодавчих рішень – з боку всіх суб'єктів законодавчої ініціативи та органів державної влади.

Належна процедура ухвалення законодавчих рішень передбачає також забезпечення прав меншості, високі етичні стандарти, зокрема добросесність самих парламентарів, а також дотримання відповідних правил лобістської діяльності з боку всіх заінтересованих осіб. Лобізм є важливою формою вироблення й ухвалення державних рішень, невід'ємним чинником плюралістичної демократії, створюючи офіційні контрольовані канали впливу на парламентські рішення з метою захисту інтересів окремих соціальних груп у законодавчій владі за дотримання відповідних стандартів і правил. Порушення цих стандартів і правил знижує рівень легітимності парламенту та його рішень.

Суспільство, делегуючи парламенту повноваження на ухвалення законодавчих рішень, управі очікувати від парламенту прозорості при їх ухваленні, громадського обговорення найважливіших із них, забезпечення широкого доступу до їх проєктів. Громадськість має також право на донесення своєї позиції до парламентарів під час попереднього обговорення проєктів законодавчих актів у комітетах парламенту, на парламентських слуханнях та мати можливість реального впливу на їх ухвалення. Цьому мають слугувати відповідні процедури врахування суспільної думки, що їх встановлено законом.

Процедуру розроблення, обговорення, ухвалення й оприлюднення законів має регулювати закон, що впливає з важливості ролі парламенту в нормотворчій діяльності та значимості процедури цієї діяльності.

Етап оприлюднення законів та набрання ними чинності також має відповідати принагідним стандартам, слугувати тому, щоб своєчасно, належним чином і повною мірою було доведено до відома їх адресатів відповідні вимоги.

Ухвалене законодавство слід оцінювати з погляду його своєчасності, належної обґрунтованості (відповідності потребам), раціональності, а також повноти нормативного регулювання. Особливо важливо, щоб у разі потреби в комплексному регулюванні своєчасним було ухвалення підзаконних нормативних актів, які конкретизували б законодавчі рішення парламенту. Цьому має слугувати попередня комплексна експертиза проєктів законодавчих рішень та процедури їх апробації, з тим щоб запобігти ухваленню необґрунтованих, внутрішньо суперечливих і техніко-юридично недосконалих актів законодавства. Таку експертизу можуть здійснювати як парламентські, дослідницькі, експертні та юридичні служби, так і наукові заклади й окремі науковці. Важливим є комплексний підхід до експертизи (що включав би юридичну, екологічну, економічну, кримінологічну, антикорупційну експертизи, соціологічні аспекти, гендерний підхід, відповідність праву ЄС тощо) і поширення процедури перевірки на всі акти, що надходять на розгляд парламенту.

Ефективна законодавча діяльність передбачає також моніторинг виконання законів, визначення рівня їх ефективності та врахування цього в законодавчій роботі парламенту, що має також бути відображено в парламентських процедурах. Можливими формами здійснення такого контролю може бути, як парламентський контроль з боку комітетів парламенту, так і урядовий моніторинг за виконанням законів. Причому останній дуже часто буває значно ефективнішим, оскільки саме уряд забезпечує реалізацію основного масиву актів законодавства та має можливість більш комплексно оцінити глибину й ефективність реалізації положень відповідного законодавства.

6. Законність в умовах надзвичайного стану

Чи в усій повноті врегульовано на законодавчому рівні питання запровадження надзвичайного стану?

Чи відповідає законодавче регулювання умов запровадження надзвичайного стану європейській практиці?

Чи захищає законодавство про надзвичайний стан від можливого перевищення влади (зловживання владою) в умовах його запровадження?

Чи є достатніми передбачені законом гарантії законності в умовах надзвичайного стану?

Чи є достатніми передбачені законом гарантії прав і свобод людини в умовах надзвичайного стану?

Чи належним чином захищено законодавчими актами право на життя, здоров'я, недоторканність і безпеку особи в умовах надзвичайного стану?

Чи належним чином законодавчими актами захищено право на власність в умовах надзвичайного стану?

Чи належним чином законодавчими актами захищено право на соціальний захист в умовах надзвичайного стану?

Чи є достатніми передбачені законом гарантії прав юридичних осіб в умовах надзвичайного стану?

Чи є достатніми передбачені законом гарантії іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб іноземних держав в умовах надзвичайного стану?

Чи є домірними заходи, що їх може бути запроваджено в умовах надзвичайного стану?

Чи є наявними парламентський і судовий контроль за умовами запровадження надзвичайного стану?

Коментар

В умовах надзвичайного стану (особливого юридичного режиму, що його може бути тимчасово запроваджено в Україні чи в окремих її місцевостях при виникненні надзвичайних ситуацій техногенного чи природного характеру не нижче загальнодержавного рівня, які призвели чи можуть призвести до людських і матеріальних втрат, створюють загрозу життю і здоров'ю громадян, або при спробі захоплення державної влади чи зміни конституційного ладу України шляхом насильства) на законодавчому рівні мають діяти норми національного права, які з достатньою повнотою та у відповідності до європейської практики врегульовували б питання здійснення влади та гарантували б дотримання прав людини при здійсненні заходів відвернення відповідних загроз.

Такі норми мають передбачати відкритий і гласний процес запровадження надзвичайного стану, коли було б забезпечено, насамперед захист від можливого перевищення влади (зловживання владою) в умовах його запровадження. Із цією метою закон має передбачати умови розподілу повноважень, відповідати на питання, які зміни є неможливими в умовах надзвичайного стану. У період надзвичайного стану, зокрема, не може бути, відповідно, припинено або обмежено повноваження Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, міністерств, інших центральних і місцевих органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, а також судів, органів прокуратури України, органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування.

Гарантіями законності в умовах надзвичайного стану є: заборона внесення змін до Конституції України, Конституції Автономної Республіки Крим, виборчих законів; проведення виборів Президента України, а також виборів до Верховної Ради України,

Верховної Ради Автономної Республіки Крим і органів місцевого самоврядування; проведення всеукраїнських та місцевих референдумів; обмеження прав і повноважень народних депутатів України. На період дії надзвичайного стану має бути продовжено, у разі закінчення, строк повноважень представницьких органів місцевого самоврядування, Верховної Ради Автономної Республіки Крим, Верховної Ради України.

Законодавчі норми щодо запровадження надзвичайного стану мають передбачати захист права на життя і здоров'я людини, недоторканність і безпеку особи, права власності, а також соціальний захист особи в умовах надзвичайного стану. Чинне законодавство (зокрема, стаття 22 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 28.12.2015 року) з цією метою містить норму про те, що передбачені ним обмеження конституційних прав і свобод громадян, які можуть бути застосовані за умов надзвичайного стану, є вичерпними й розширеному тлумаченню не підлягають.

Строк їх застосування не може перевищувати строку, на який надзвичайний стан запроваджено. Установлення інших обмежень забороняється. Важливо також, що в умовах надзвичайного стану не може бути обмежено права і свободи людини і громадянина (в тому числі іноземців і осіб без громадянства), що їх зазначено в частині другій статті 64 Конституції України (зокрема: рівність конституційних прав; право на громадянство; право на життя; право на повагу до гідності людини; право на свободу та особисту недоторканність; право на звернення; право на житло; право на судовий захист; право на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними діями чи бездіяльністю органів державної влади, їх посадових і службових осіб тощо).

Законодавчі норми мають також забезпечувати домірність (пропорційність) відступу від прав людини, зумовленого потребами

надзвичайного стану, його тривалістю та умовами. Вони мають передбачати межі, в рамках яких права людини (включаючи права іноземців та осіб без громадянства), а також юридичних осіб не може бути звужено. Відтак важливим є дотримання мети запровадження надзвичайного стану, який має застосовуватися для відвернення загроз державі, що виникли, і не може бути підставою для застосування тортур, жорстокого або такого, що принижує людську гідність, поводження або покарання, для будь-яких обмежень права на життя, на свободу думки, совісті, релігії в розумінні цих прав і свобод відповідно до Міжнародного пакту про громадянські й політичні права та законів України (стаття 24 Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану»).

Особливо важливими є питання гарантій дотримання особистих прав і свобод громадян. Такими гарантіями при запровадженні надзвичайного стану слугують парламентський, судовий контроль та інші його форми, а також нагляд за умовами та обмеженнями, що здійснюються за надзвичайного стану. Чинне законодавство не містить розгорнутої характеристики зазначених форм контролю та нагляду, відтак в умовах надзвичайного стану мають застосовуватися загальні форми, принципи й механізми парламентського, судового та інших форм контролю та нагляду.

7. Стан виконуваності законодавства

Чи зорієнтовано законодавство на заохочення добровільного виконання його вимог окремими особами?

Чи є достатніми механізми попередження порушень законодавства органами державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовими особами?

Чи є достатніми механізми попередження порушень законодавства окремими особами?

Чи виконують посадові особи та органи державної влади й місцевого самоврядування належним чином вимоги законодавства?

Чи є ефективним судовий контроль за виконанням законодавства?

Чи забезпечено належний рівень правопорядку в державі?

Чи відповідає рівень виконуваності вимог законодавства окремими особами сучасним потребам (демократичної та правової держави)?

Чи є в законодавстві прогалини та інші вади, що дозволяють порушникам його вимог уникати відповідальності?

Чи передбачають закони чіткі, зрозумілі й домірні санкції за недотримання законодавства?

Чи є на практиці невідвратною відповідальність за порушення законодавства?

Чи послідовно застосовуються санкції, що їх передбачено за порушення чинного законодавства?

Чи є ефективними адміністративні процедури попередження порушень законодавства?

Коментар

Закон слід виконувати. Ця аксіома має сенс в умовах демократії лише в разі, коли закон слугує зміцненню засад вільного суспільства, захисту прав і свобод особи, розвитку ринкової економіки та коли такому характерові закону відповідає юридичний інструментарій у вигляді диспозитивних методів регулювання, методів заохочення добровільного виконання законодавства: дієвість закону має спиратися не на потребу примусової реалізації його приписів, а на регулятивні механізми, механізми розсуду, а не осуду. Оцінювання законодавства з цих позицій може свідчити про його прогресивний або ж про репресивний характер, переважання елементів примусу над заохоченнями до добровільного виконання.

Вимогу виконання закону, виходячи з принципу рівності, спрямовано до всіх, кого він стосується. Водночас, є суттєві відмінності у способах юридичного регулювання поведінки громадян, з одного боку, і органів державної влади та їх посадових осіб – з іншого, у контексті особливого значення виконання вимог закону посадовими особами держави, яких наділено владними повноваженнями та від яких залежить доля людини.

Якщо громадян не можна примушувати робити те, що не заборонено законом (загально-дозвільний метод юридичного регулювання), то відповідно до статті 19 Конституції України органи державної влади, місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та в спосіб, що їх передбачено Конституцією та законами України (спеціально-дозвільний метод юридичного регулювання). Тому в законодавстві має бути достатній інструментарій механізмів запобігання порушенням законодавства органами державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовими особами.

Зважаючи на особливу підвищену відповідальність органів державної влади, місцевого самоврядування та їх посадових осіб за виконання вимог закону, мають бути чіткі норми закону, які з належною повнотою визначали б обов'язки посадових осіб, повноваження органів державної влади, місцевого самоврядування та чітку й персоналізовану відповідальність за вчинення ними правопорушень.

Потрібний інструментарій ефективних юридичних механізмів притягнення до відповідальності за вчинення порушень законодавства органами державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовими особами, а також окремими людьми не повинен бути самоціллю, а має слугувати, у кінцевому підсумку, досягненню цілей юридичного регулювання та стану виконуваності норм права.

Упорядкування суспільних відносин на основі вимог законодавства набуває свого втілення в реальному правопорядку, оцінюван-

ня якого слугує одночасно й оцінюванням ефективності та дієвості відповідних юридичних механізмів. Якщо рівень виконуваності вимог законодавства окремими особами відповідає сучасним потребам і вимогам демократичної й правової держави, це означає, що рівень правопорядку є належним. І навпаки, масові порушення законодавства свідчать або про невідповідність його рівню суспільної свідомості, або ж про репресивний характер.

Законодавство має щонайповніше регулювати питання притягнення до відповідальності осіб у разі порушення його вимог. Наявність прогалин або суперечностей, неефективних або складних процедур притягнення до відповідальності зводять нанівець регулятивні властивості права та дозволяють порушникам уникати покарання.

Санкції за вчинення тих або інших правопорушень, що їм бракує домірності або чіткості, так само уможливають уникнення відповідальності та не забезпечують незворотність відповідальності за порушення законодавства, призводять до вибірковості правосуддя, порушень закону при ухваленні судових рішень.

Важлива роль у попередженні порушень законодавства в демократичних країнах належить адміністративним процедурам розгляду звернень громадян і вирішення спорів. В Україні такі процедури ще не запроваджено в належному обсязі (йдеться, зокрема, про потребу в ухваленні Кодексу адміністративних процедур), а ті, що є – мають численні недоліки, не забезпечують високих стандартів захисту прав людини від свавілля держави, тим самим перешкоджаючи меті утвердження принципу верховенства права (правовладдя). Тому важливим є оцінювання ефективності наявних процедур з метою їх подальшого удосконалення.

ЮРИДИЧНА ВИЗНАЧЕНІСТЬ

Юридична визначеність як складник верховенства права (правовладдя) означає, насамперед, вимогу чіткості підстав, цілей і змісту нормативних приписів, особливо тих із них, що їх адресовано безпосередньо людині. Особа повинна мати змогу передбачати юридичні наслідки своєї поведінки. Досвід свідчить, що абсолютна визначеність таких наслідків є недосяжною через низку обставин – особливості мови, що нею сформульовано норми закону, їх загальність, неможливість заздалегідь передбачити в них усі реальні ситуації тощо. Закон, який прагне регламентувати дії людей та визначити наслідки таких дій з допомогою надмірної жорсткості формулювань, швидко набуває рис «скам'янілості», тобто застаріває. Право ж має бути здатним іти в ногу з обставинами, що змінюються.

Законодавчий процес є досить повільним, отже, на швидке внесення змін до закону здебільшого сподіватися не доводиться.

У зв'язку з цим важлива роль у впровадженні в життя юридичної визначеності належить нормозастосовчій, передусім судовій, практиці, яка може подолати таку невизначеність шляхом тлумачення.

Вимогами юридичної визначеності є не тільки ясність, чіткість, несуперечливість законів та інших нормативних актів, а й:

- послідовне й безстороннє застосування приписів права, тобто забезпечення узгодженості нормозастосовчої, передусім судової, практики;
- дотримання принципу *res judicata*, що означає: остаточних судових рішень не слід переглядати, окрім чітко встановлених законом випадків, обумовлених винятковими обставинами;
- обов'язковість судових рішень та їх неухильна виконуваність.

Сказане стосується також рішень усіх органів державної влади (окрім судових) та місцевого самоврядування.

Одним із важливих елементів юридичної визначеності є вимога захисту довіри. Ця вимога акцентує увагу на специфічних аспектах юридичної визначеності, які мають особливе значення для утвердження верховенства права (правовладдя).

Така вимога передбачає, зокрема, забезпечення:

- упевненості особи в тому, що її юридичне становище залишатиметься стабільним і в майбутньому не погіршуватиметься;
- публічності діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, їх посадових осіб;
- стабільності законодавства та прогнозованості його розвитку;
- поважання державою «легітимних очікувань» (*legitimate expectations*), тобто дотримання державою тих зобов'язань, що вона їх взяла на себе стосовно своїх громадян (наприклад, у сфері трудових відносин – дотримання встановлених законом критеріїв оплати праці; у сфері кримінальної відповідальності – дотримання права засудженого на звільнення від покарання або дострокове звільнення від відбування покарання тощо);
- установлення законом недопустимості «змін до гіршого» (*reformatio in pejus*), тобто погіршення юридичного становища особи, що оскаржує рішення про притягнення її до юридичної відповідальності (наприклад, застосування вищою судовою інстанцією суворішої санкції до підсудного при оскарженні ним вироку суду нижчої інстанції, посилення адміністративного або дисциплінарного стягнення при оскарженні рішень відповідних органів або посадових осіб).

Одним із найважливіших елементів захисту довіри є незворотність дії закону в часі.

Принцип «закон зворотної сили не має» (*lex ad praeterian non valet*) сформулювали ще давньоримські юристи на протидію сваволі законодавця, який надавав зворотної сили законам, що погіршували становище людей, піддавали їх несприятливим наслідкам за дії, які на час їх чинення визнавалися законними. Мета цього принципу – поставити заслін утискові прав і свобод людини державною владою. Така його спрямованість робить означений принцип важливою гарантією безпеки людини, її довіри до держави.

Слід зазначити, що формулювання винятків із принципу незворотності дії законів та інших нормативних актів у часі в статті 58 Конституції України за традицією (не тільки вітчизняною) пов'язується виключно з випадками «коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи».

1. Чіткість та передбачність законодавства

Якою мірою новий нормативний акт узгоджується з чинними актами?

Чи містить нормативний акт нові для національного законодавства терміни, поняття або юридичні конструкції?

Чи є зрозумілими й доступними для громадян норми, що установлюють нові правила нормативного регулювання?

Чи мають одне й те саме значення в усьому тексті застосовані в нормативному акті терміни й поняття?

Чи не створює нормативний акт прогалин у законодавстві?

Чи не призводить нормативний акт до виникнення юридичних колізій? Якщо так, то чи передбачає він способи подолання колізій?

Чи містить нормативний акт прикінцеві та перехідні приписи?

Чи встановлюють перехідні приписи достатній час (*vacatio legis*) для набрання чинності нормативним актом, щоб забезпе-

чити всім заінтересованим особам можливість бути обізнаними з ним і пристосуватися до нових умов/правил нормативного регулювання?

Чи передбачає нормативний акт скасування попередніх актів, що регулювали подібні відносини?

Коментар

Основу принципу юридичної визначеності становить формальна визначеність змісту норм права. Формальна визначеність норми права має два аспекти: зовнішній та внутрішній. Зовнішній аспект пов'язаний з юридико-технічними вимогами до текстів, а внутрішній – із якістю смислового наповнення змісту нормативного акта.

Нормативні акти та інші письмові джерела, що містять норми права, мають відповідати певним стандартам, правилам та засобам формулювання юридичних текстів.

З-поміж тих вимог, що їх висунуто до змісту норми права, називають: доступність, зрозумілість, ясність, недвозначність, неможливість необмеженого трактування, формальність, стислість, офіційність, лаконічність, повноту тощо. У результаті дії цих вимог норми права, що знаходять своє відображення в тексті нормативного акта, мають однаково тлумачитися й застосовуватися, бути зрозумілими й чіткими.

Чіткість передбачає однакове розуміння норм права, а отже – їх тлумачення та застосування. Стосовно приписів нормативних актів слід користуватися такими характеристиками, як однозначність і точність формулювань. Стрижнем вимоги однозначності є використання в тексті понять, що мають чітке загальне значення й однозначне сприйняття та розуміння.

Основні вимоги однозначності приписів нормативних актів, як і вимоги ясності, пов'язані із застосуванням у тексті акта слів і термінів. Так, слова, що застосовуються в юридичних текстах, ма-

ють бути використані в їх загальному, звичайному, повсякденному значенні. Також перевагу слід віддавати словам, що традиційно використовуються в мові, якою текст акта укладається.

Для забезпечення однозначності розуміння приписів права слід відмовитися від застосування архаїзмів, історизмів, діалектизмів, жаргонізмів, іншомовних слів.

Особливу увагу слід звернути на застосування термінів у тексті нормативного акта. Юридичні норми регулюють усі найважливіші суспільні відносини, а кожній сфері суспільного життя властивий свій власний термінологічний апарат. Тому при формулюванні юридичних норм слід використовувати спеціальні (притаманні певній галузі науки, техніки, мистецтва тощо) та власне юридичні (характерні для правничої науки) терміни, які потребують розкриття їхнього змісту.

Традиційно терміни, що їх застосовують у нормативних актах, поділяють на такі види:

- 1) загальноновживані терміни;
- 2) загальноновживані терміни, що мають у конкретному акті вужче, особливе значення;
- 3) власне юридичні терміни;
- 4) технічні терміни.

Загальноновживані терміни – це звичайні, широко розповсюджені назви та найменування явищ, дій, предметів, що мають нейтральне значення й використовуються як у побутовій мові, так і в художній, науковій літературі, законодавстві. У нормативних актах такі терміни застосовуються в загальному значенні й не набувають спеціального юридичного змісту. Такі терміни застосовуються без супроводу дефініціями.

Загальноновживані терміни, що мають у законодавчому акті вужче, особливе значення – це такі поняття, які для цілей юридичного

регулювання набувають у нормативному акті особливого, чіткого й точного значення і, відповідно, їх у тексті акта супроводжує певна дефініція. Це, наприклад, такі терміни, як: «члени сім'ї», «договір», «житло» тощо.

Власне юридичні терміни – це такі, що характеризують певне юридичне поняття і, як правило, визначені правничою наукою, або їх створює сам нормотворець у тих випадках, коли юридичній мові бракує слова на позначення відповідного явища. Такі терміни завжди застосовуються в супроводі дефініції (імпічмент, іпотека, лізинг тощо).

Технічні (спеціально-наукові) терміни – це слова, запозичені з галузей спеціальних знань: техніки, медицини, економіки тощо. До цієї групи термінів частково належать так звані «професіоналізми» – слова, вислови, що є властивими мові певної вузької професійної групи людей. Застосування «професіоналізмів» в юридичних текстах без надання відповідних дефініцій можливе за умови, що термін у відповідній галузі науки тлумачать однозначно та ясно. Проте неприпустимим буде застосування технічних термінів у нормативних актах без відповідного розкриття поняття, адже такі документи орієнтовано на всіх користувачів права. Місце технічних термінів – в інструкціях, методичних рекомендаціях та інших документах, що їх адресовано вузькому колу фахівців певної галузі науки, техніки, мистецтва тощо.

Таке поняття, як «ясність», окреслюється через простоту та доступність тексту нормативного акта. Ступінь простоти та ясності юридичного документа визначається залежно від того, на кого саме його розраховано, яку сферу суспільних відносин він регулює. Вимога не застосовувати складні спеціальні терміни поширюється на нормативні акти, що регулюють найважливіші сфери суспільних відносин (закони) та/або широкі сфери суспільних відносин, на всіх або на велику кількість осіб, що не вирізняються

певними (професійними, фаховими) ознаками. У нормативних актах, що регулюють достатньо вузьку сферу суспільних відносин та їх адресовано певному, чітко визначеному колу індивідів (приміром, правила поштової служби, правила перевезення вантажів залізничним транспортом тощо), можливе застосування спеціальних термінів та складного тексту.

Неприпустимим є застосування в тексті нормативного акта абстрактних формулювань, таких як «рішуче поліпшити», «підвищити увагу». Варто уникати так званих оказіональних слів, тобто таких, що набувають значення й змісту залежно від контексту: «тут», «я», «вчора», «завтра», «зараз» тощо.

Отже, нормативний акт, у якому норми права виражено ясно, з допомогою простих граматичних конструкцій із використанням слів у їх загальному значенні, індивіди будуть тлумачити й застосовувати однаково. Чіткість передбачає однозначне розуміння, а отже – тлумачення та застосування юридичних норм.

Важливою процедурною вимогою є надання достатнього часу для змін у системі правовідносин, що їх викликано ухваленням нового закону – *vacatio legis*. Зміну змісту приписів права доцільно робити за умови завчасного попередження про неї: вона не має набувати чинності так скоро, що для пристосування до нового юридичного стану забракне часу. Крім того, закон має містити перехідні приписи, які спрощували б зміну старих правил на нові та дозволяли б особі пристосуватися до змін. У конкретній ситуації слід віднайти оптимальний баланс між принципом правомірних очікувань (*legitimate expectations*) і заінтересованістю держави в негайній реалізації вимог нового закону. У випадках, коли негайна дія акта може спричинити значну шкоду інтересам особи й потребуватиме суттєвих зусиль для швидкої перебудови правових відносин, яка не обумовлена адекватним публічним інтересом, законодавець повинен вдаватися до надання законам відновлювальної дії. Принципові пра-

вмірних очікувань у багатьох ситуаціях не відповідає поширена практика набуття чинності законами з моменту їх опублікування. У такому разі адресата закону позбавлено можливості вчасно з ним ознайомитися й перебудувати свою діяльність відповідно до нього. Такий стан не сприяє стабільності юридичного регулювання.

2. Доступність та стабільність законодавства

У який спосіб нормативний акт буде/було оприлюднено?

Чи це відповідає наявному порядку офіційного оприлюднення нормативних актів?

Чи нормативний акт буде/було оприлюднено в належних офіційних джерелах?

Чи розміщено нормативний акт на офіційних електронних ресурсах?

Як легко й швидко завантажуються офіційні електронні ресурси?

Чи є певний проміжок часу між оприлюдненням нормативного акта і набуттям ним чинності?

Як часто до нормативного акта вносили зміни?

Наскільки доречними й виправданими зміни були?

Чи були зміни послідовними, чи не суперечили вони вже чинним приписам нормативних актів?

Чи передбачає нормативний акт механізми захищеності від змін протягом достатнього проміжку часу?

Коментар

Одну з вимог принципу юридичної визначеності містить стаття 57 Конституції України, яка гарантує кожному знати свої права й обов'язки, без чого реалізація принципу рівності, юридичної ви-

значеності та безпеки була б неможливою взагалі. Очевидним є те, що про передбачність юридичних норм не може йтися, якщо закони та інші нормативні акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведено до відома населення в порядку, установленому законом. Частина друга статті 57 Конституції України передбачає обов'язок держави інформувати про ухвалення нових нормативних актів.

Доведення до відома населення, або оприлюднення, ураховуючи сучасні засоби зв'язку, може здійснюватися по-різному. Поняття оприлюднення нормативного акта в юридичній літературі трактується неоднозначно. Найчастіше під цим розуміють доведення нормативного акта до загального відома, що може бути здійснено в кілька способів. Такими способами можуть бути: офіційне опублікування, опублікування в інших друкованих виданнях, оголошення по радіо або телебаченню, розсилання державним органам, посадовим особам, підприємствам, установам, організаціям тощо. Офіційне опублікування є основним способом оприлюднення законів. Воно полягає в нормативно врегульованому доведенні до загального відома повного й точного тексту ухваленого закону в джерелі офіційного опублікування, тобто в спеціально на те призначеному друкованому органі. Інші форми оприлюднення, як правило, мають субсидіарний (допоміжний) характер.

Порядок оприлюднення законодавчих актів у нашій державі встановлено Указом Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності». За цим порядком закони України підлягають оприлюдненню державною мовою в офіційних друкованих виданнях: «Офіційний вісник України», «Відомості Верховної Ради України», газетах «Урядовий кур'єр» і «Голос України». Акти Верховної Ради також в окремих випадках може бути офіційно оприлюднено через телебачення і радіо. Офіційним друкованим виданням, у якому здійснюється офіційне оприлюднення законів, актів Президента Укра-

їни, є також інформаційний бюлетень «Офіційний вісник Президента України».

В умовах електронних засобів комунікації офіційними джерелами оприлюднення нормативних актів є ресурси органів державної влади та місцевого самоврядування, зокрема, ресурс www.rada.gov.ua.

Водночас варто зазначити, що Конституція України (стаття 57) вимагає доведення до відома населення законів та інших нормативних актів, що визначають права і обов'язки особи в порядку, установленому законом. Тобто процедурні аспекти оприлюднення, опублікування, визначення офіційних джерел для цього має встановлювати закон. Це важлива умова того, щоб держава забезпечила особі бути обізнаною із законами та іншими нормативними актами, а отже, щоб були забезпечені їхні легітимні очікування та юридична визначеність. Однак в Україні досі на законодавчому рівні ці питання не вирішено, а питання конституційності (відповідності Конституції України) зазначеного Указу Президента України не було порушено в Конституційному Суді України.

Слід зауважити, що Конституція України не визначає, у чому полягає оприлюднення закону. Нормотворча практика в Україні твердо йде шляхом визначення в самому законі умов набрання ним чинності, указуючи такою умовою не оприлюднення, а опублікування. У практиці Верховної Ради України можна знайти небагато законів, у яких не визначено час набрання ними чинності (не враховуючи законів про ратифікацію міжнародних договорів), і лише щодо цих законів діє припис частини п'ятої статті 94 Конституції України щодо десятиденного строку з дня їх офіційного оприлюднення.

При ухваленні нових, внесенні змін до чинних нормативних актів слід ураховувати їх узгодженість із діючими документами. Для цього потрібно зазначати, які акти втрачають чинність у зв'язку з ухваленням нових, чи не суперечать вони один одному, чи не створюють юридичних колізій або прогалин.

3. Дотримання принципу правомірних (легітимних) очікувань при ухваленні законів та інших нормативних актів

Чи поліпшує нормативний акт юридичне становище особи?

Чи забезпечує нормативний акт правомірні (легітимні) очікування всіх заінтересованих осіб у тому, що їх юридичне становище не буде погіршено внаслідок ухвалення акта?

Чи не створює нормативний акт ситуацію, коли поліпшення юридичного становища одних осіб призводить до погіршення юридичного становища інших?

Чи не звужує нормативний акт змісту й обсягу наявних прав?

Чи не запроваджує нормативний акт більш ускладненого механізму реалізації наявних прав?

Чи не нівелює фактично процедура реалізації прав їх сенс і значення?

Чи має нормативний акт норми зі зворотною дією в часі? Якщо так, то чи не погіршують такі норми юридичне становище особи?

Чи чітко передбачає нормативний акт випадки, щодо яких застосовуються норми зі зворотною дією?

Чи узгоджуються випадки застосування норм зі зворотною дією в часі з міжнародною практикою?

Коментар

Одним із елементів загального принципу юридичної визначеності є принцип правомірних (легітимних) очікувань людини. Він означає, що органи публічної влади повинні не лише додержуватися законів та інших нормативних актів, а й своїх обіцянок та правомірних очікувань людини.

Згідно з доктриною правомірних (легітимних) очікувань – ті, хто чинить добросовісно на підставі права, яким воно є, не по-

винні відчувати краху надій щодо своїх правомірних очікувань. Утім, нові ситуації можуть бути достатньою підставою для законодавчих змін, які можуть спричинити виникнення відчуття невинуватих очікувань, проте таке може мати місце лише у виняткових випадках.

За загальним же правилом, якщо особа має певне право або інтерес, або ж у неї є правомірні очікування, її не може бути позбавлено можливості їх реалізації. Тобто нормотворчий орган має забезпечити ухвалення норм, які всебічно сприяють реалізації прав людини, а не унеможливають їх реалізацію або ж вихолощують (нівелюють) їх сенс. При ухваленні нових нормативних актів не допустимо звужувати зміст і обсяг наявних прав, погіршувати юридичне становище особи.

У сучасних умовах надзвичайно важливого значення набувають питання відповідності підзаконних нормативних актів законам. Проблема полягає в тому, що часто підзаконні нормативні акти всупереч своєму головному призначенню – конкретизації приписів закону – установлюють такі норми права, які фактично не доповнюють приписи закону, а передбачають, усупереч вимогам закону, певні додаткові умови для реалізації поведінки суб'єкта права, що їх спрямовано на звуження змісту й обсягу прав людини. Іншими словами, вони фактично порушують права людини.

Важливого значення набуває те, що особа має не просто сподіватися за розумних підстав на стабільність і передбачність дій держави, що означає законність діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування, а й сама повинна бути добропорядною з юридичного погляду – чинити в рамках установленого правопорядку, не порушувати норм права. У випадку ж порушення певного, установленого державою порядку особі не належить сподіватися на будь-які правомірні очікування, бо вона сама чинить незаконно.

Розрізняють правомірні очікування в матеріальному й процедурному значеннях. У матеріальному сенсі правомірні очікування суб'єктів має бути захищено від непередбачених змін законодавства, що ним встановлено відповідний юридичний режим (власності, інвестиційної діяльності тощо). У процедурному ж сенсі правомірні очікування стосуються однакової та послідовної нормозастосовчої практики, уникнення вибіркового правосуддя. Отже, вимоги, що їх пред'явлено до держави в цьому контексті, можна умовно поділити на вимоги до нормотворчості (недозволеність частих, непослідовних, непередбачених змін нормативних актів) та до нормозастосовчої діяльності.

Важливого значення набуває питання дії нормативного акта. Дія нормативного акта в часі (набрання актом чинності) є, як правило, *перспективною*, тобто розрахованою на поведінку суб'єктів права, що виникає після набрання чинності актом. Із цим пов'язано важливий принцип права, відповідно до якого нормативні акти не мають зворотної дії в часі, тобто не поширюються на відносини, що виникли до набрання чинності актом.

Проте в деяких випадках нормативні акти можуть мати зворотну (так звану *ретроспективну*) дію в часі. Це буває тоді, коли нормативний акт встановлює не нові юридичні обмеження, а формулює певні додаткові права, тобто поліпшує юридичне становище особи.

Відповідно до статті 58 Конституції України закони та інші нормативні акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи. Тобто формула зворотної дії актів у часі, що її застосовано в Конституції України, є досить звуженою, такою, що стосується відповідальності особи. Натомість ретроспективну дію актів у часі, як виняток, можна застосовувати значно ширше: для обґрунтування покращання юридичного становища особи.

4. Стан законодавчого забезпечення (дотримання) принципів юридичної відповідальності

Чи встановлює закон нові види правопорушень? Якщо так, чи передбачає закон юридичну відповідальність за них?

Чи відповідає установлення нових видів правопорушень та відповідальності за них Конституції та верховенства права (правовладдя), принципам розумності та доцільності?

Чи не створює закон ситуацію, коли передбачено нове правопорушення, а юридичну відповідальність за нього не визначено?

Чи відповідає це принципіві «немає злочину та юридичної відповідальності за нього без закону»?

Як узгоджується це зі статтею 92 Конституції України – установлення правопорушень і юридичної відповідальності лише законами?

Чи є домірними (пропорційними, тобто справедливими) вид і обсяг юридичної відповідальності щодо конкретного правопорушення?

Як чітко визначено юридичну відповідальність, щоб не призвести до ситуації широкого (довільного) тлумачення закону й зловживань нормозастосовчими, зокрема судовими, органами?

Чи відповідають підзаконні нормативні акти законодавчим приписам щодо видів і складів правопорушень та видів юридичної відповідальності за них?

Як це узгоджується, у разі встановлення нових/додаткових видів відповідальності до наявних правопорушень, із принципом недозволеності двічі притягати до юридичної відповідальності за одне й те саме правопорушення (*ne bis in idem*)?

Коментар

Важливого значення набуває характеристика закону, який містить норми, порушення яких кваліфікується як правопору-

шення. З одного боку, це стосується ясності, чіткості, зрозумілості, браку суперечностей між його приписами, а з другого – норма, що встановлює заборону, має містити всі ознаки норми права. У разі недотримання заборон, установлених такою чіткою, зрозумілою, сприйнятою суспільством нормою, у соціумі не буде сумнівів щодо кваліфікації таких діянь, як правопорушення, а також аргументів стосовно виправдання порушення заборон ідеалами справедливості, прав людини тощо, якщо ці заборони сприймаються людьми як такі, що безпосередньо захищають їхні права.

Відповідно до статті 92 Конституції України лише закон має визначати діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них. Тобто підзаконний нормативний акт не може встановлювати правопорушення. Винятком є лише цивільні правопорушення, які за природою цивільних правовідносин можуть проявлятися в порушенні договірних зобов'язань, умов яких узгоджують сторони договору. При цьому засади (принципи) юридичної відповідальності за цивільні правопорушення має також визначати лише закон.

Юридична відповідальність може настати тільки за порушення норм права, перелік і зміст яких сформульовано й відображено в законі. Без визначення в законі виду й міри юридичної відповідальності за те або інше правопорушення юридична відповідальність настати не може. Таким чином, підзаконний нормативний акт не може встановлювати юридичну відповідальність. Така позиція зумовлюється тим, що норма права, установлена законом, є максимально формалізованою (визначеною), чіткою та зрозумілою, на відміну від інших способів наявності норм, а сам закон є актом вищої юридичної сили порівняно з іншими нормативними актами (окрім Конституції). Можливість ухвалення закону вищим представницьким колегіальним органом,

чим є Верховна Рада України, за відповідною процедурою або на всенародному референдумі має забезпечувати вираженість і стабільність наявності нормативних підстав юридичної відповідальності та забезпечувати їхню легітиміацію суспільством.

У Конституції України такий підхід до визначення нормативних підстав юридичної відповідальності набув відображення в пункті 22 частини першої статті 92, якою встановлено, що лише закони України визначають засади відповідальності за цивільним правом, діяння, що є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них.

Принцип законності підстав юридичної відповідальності базується на відомому з часів римського права постулаті *nullum crimen, nulla poena, sine lege* («немає закону – немає злочину, немає закону – немає покарання»). Але недостатнім є сам факт наявності підстав юридичної відповідальності в законі як різновиді нормативного акта. Склад правопорушення, що за нього може настати юридична відповідальність, вид і міру такої відповідальності має бути сформульовано в законі з максимальною визначеністю й зрозумілістю для всіх і кожного.

Заборону притягати до юридичної відповідальності двічі за одне й те саме правопорушення як принцип утілено в статті 68 Конституції України. Така заборона безпосередньо вказує на те, що не можна застосовувати двічі той самий вид юридичної відповідальності за те саме правопорушення. Цей принцип не виключає можливості покладання на особу додаткових видів юридичної відповідальності. Наприклад, на засудженого до позбавлення волі за скоєний злочин додатково може бути покладено обов'язок не займатися певною діяльністю після відбуття покарання та/або відшкодувати заподіяну шкоду.

Юридичну відповідальність слід відрізнити від інших примусових заходів державного реагування. Так, не вважається юридичною відповідальністю тимчасове обмеження прав особи

у визначених законом випадках як превентивний захід від можливих правопорушень для забезпечення розслідування правопорушення, для захисту прав та інтересів людини й суспільства. Такими примусовими заходами можуть бути, зокрема (але не тільки): узяття особи під варту, обмеження свободи пересування особи, зупинення виробництва, заборона реалізації продукції, виконання робіт тощо. У разі виправлення недоліків у господарській діяльності, недоведеності вини підозрюваної особи, усунення загроз правам та інтересам людини, а також в інших, установлених законом випадках вищезазначені примусові заходи скасовуються.

Так само не є юридичною відповідальністю заходи, що їх спрямовано на відновлення порушеного права особи. Наприклад, ухвалення компетентним органом рішення про поновлення на роботі працівника після незаконного звільнення, повернення боргу, виселення з незаконно зайнятого приміщення тощо.

5. Умови забезпечення юридичної визначеності

Який орган державної влади готував проєкт нормативного акта?

Чи узгоджено проєкт нормативного акта з усіма заінтересованими органами публічної влади та іншими інститутами громадянського суспільства?

Чи відповідає порядок підготовки проєкта нормативного акта визначеній законодавством процедурі?

Чи нормативний акт ухвалено відповідно до наявної процедури?

Чи був проєкт нормативного акта предметом експертизи на відповідність вимогам верховенства права (правовладдя), наприклад тим, що їх сформовано практикою ЄСПЛ?

Чи був проєкт нормативного акта предметом громадського обговорення?

Чи містить нормативний акт у початковій своїй частині визначення термінів і понять (госарій)?

Чи є доступними, зрозумілими й однозначними для сприйняття (пересічним громадянином або фаховим правником) визначення термінів і понять?

Чи відповідає текст нормативного акта юридико-технічним вимогам: правилам застосування юридичних термінів, конструкцій?

Чи був нормативний акт предметом лінгвістичної експертизи? Чи відповідає текст нормативного акта лінгвістичним правилам (граматичним, пунктуаційним тощо)?

Чи узгоджуються логічно, структурно й змістовно різні частини, розділи, статті нормативного акта між собою?

Коментар

Важливого значення набуває питання наявності відповідної компетенції в нормотворчого органа на ухвалення певних за формою та змістом нормативних актів, що їй визначено Конституцією та законами України. Кожен орган державної влади має ухвалювати акти відповідно до своїх повноважень, що узгоджується з принципом законності. Ухвалення відповідного акта поза сферою повноважень нормотворчого органа може стати підставою для визнання такого акта недійсним (неконституційним або незаконним).

Ухвалюючи нормативний акт, нормотворчий орган повинен дотримуватися визначеної Конституцією та законами України процедури. Порухення процедурних правил ухвалення нормативного акта може мати наслідком визнання його недійсним.

При підготовці проєкта нормативного акта слід узгоджувати його зміст із усіма заінтересованими органами державної влади й

посадовими особами. При підготовці проєкта акта, який установлює нові норми права, що істотно змінюють нормативне регулювання, неодмінною умовою є його обговорення у вигляді громадських слухань, інших публічних заходів, максимальне інформування населення.

Важливе значення для якості тексту нормативного акта має проведення різних експертиз: лінгвістичної – на предмет однозначності розуміння термінів, застосування граматичних юридичних конструкцій тощо, юридичної – на предмет відповідності вимогам верховенства права (правовладдя), зокрема практиці Європейського суду з прав людини.

У нормативного акта мають бути логічна структура, поділ на частини, розділи, підрозділи, статті, пункти і т.п. Крім того, у ньому мають бути всі потрібні реквізити; його має підписати особа, відповідальна за його виконання. Усі структурні елементи нормативного акта мають бути узгодженими, виваженими, логічно послідовними, обґрунтованими, несуперечливими.

При підготовці проєктів нормативних актів слід дотримуватися певних правил побудови юридичних термінів і конструкцій. Юридичні терміни в текстах актів права мають бути пояснені за допомогою дефініцій.

Значення законодавчих дефініцій полягає в тому, що за їх допомогою виключається двозначність і надмірний повтор слів. Дефініцію терміна включати в законопроект слід, якщо словникове значення слова є неясним, занадто загальним або занадто вузьким для цілей конкретного законопроекту, або воно має кілька значень. Неможливо обійтись без визначення й у тому випадку, якщо, з погляду законодавця, термін є дуже важливим і тому стосовно поняття, яке він позначає, не може бути жодних неправильних тлумачень і сумнівів. Крім того, нормативні дефініції потрібні й тоді, коли поняття оформлено за допомогою слів, які дуже часто вживають у звичайній мові й викликають численні

сміслові асоціації. А також тоді, коли певний термін уживають у специфічному значенні з урахуванням цілей законопроекту або його неоднаково трактує юридична наука і практика.

При формулюванні законодавчих дефініцій слід дотримуватися певних правил:

- у визначенні мають бути суттєві видові та родові ознаки терміна;
- визначення має бути сформульовано за допомогою слів, висловлювань та інших термінів, значення яких відомі або зрозуміліші, ніж значення терміна;
- законодавча дефініція не має містити термін, що вона його визначає;
- взаємопов'язані терміни не можна визначати один через інший у такий спосіб, що кожний термін, котрий входить до складу опису, вводиться раніше або роз'яснюється пізніше.

Використання «інтернаціональної» правничої мови, тобто слів іншомовного походження, які в професійному середовищі є загальноживаними, може бути виправданим за дотримання трьох обов'язкових умов:

- 1) якщо такі терміни й вирази є оптимальними та правильно позначають відповідні поняття;
- 2) вони достатньо міцно ввійшли в міжнародний юридичний лексикон, є стабільними та їх застосування є мотивованим;
- 3) їх значення розшифровується, пояснюється в самому акті.

Прагнення до точності передбачає такі рекомендації щодо вживання слів іншомовного походження:

- іншомовні слова слід вживати лише в разі потреби, коли їх не можна замінити українськими відповідниками з тим самим значенням, тобто коли вони є термінами;

- краще не застосовувати в текстах документів тих іншомовних слів, які мають відповідники в українській мові: *адекватний – відповідний, екстрений – терміновий, компенсація – відшкодування, одіозний – небажаний, локальний – місцевий* тощо;
- уживати ті іншомовні слова й терміни, які або дістали міжнародне визнання, або не мають відповідника в українській мові: *бланк, кредит, делікт, диспозиція, патент, інструкція* тощо;
- уживати іншомовні слова саме з тим значенням, із яким їх запозичено, і лише в тому разі, коли заміна їх українським словом є неможливою (або небажаною);
- уживати в одному тексті для позначення того самого поняття запозичене з інших мов й власномовне слово не рекомендується (синонімія в нормативних документах є обмеженою); слід обрати щось одне;
- не зловживати в одному реченні, тексті іншомовними словами, бо це може призвести до ускладнення сприйняття його змісту.

Варто вказати на важливі проблеми для розуміння юридичних текстів, термінів і понять, що виникають при перекладі іншомовних документів. Для України це питання є особливо актуальним у зв'язку з подальшими євроінтеграційними процесами.

У випадках спорідненості юридичних систем переклад зробити легше, однак мовна спорідненість не полегшує перекладачеві його завдання, якщо юридичні системи істотно різняться. Для збереження юридичного змісту правничі тексти слід завжди перекладати з мови оригіналу й уникати перекладу з перекладеного тексту. Переклад юридичних текстів потребує глибоких спеціальних

знань, тому такі тексти часто перекладають юристи, а не професійні перекладачі. Оскільки юридичний переклад нерідко вимагає пристосування термінів однієї юридичної системи до іншої, відповідно виникають нові складнощі при перекладі: перекладач має врахувати семантичні розбіжності між термінами різних мов під час перекладу.

Важливо зауважити, що відновлення й творення юридичного терміна в українському законодавстві має здійснюватися на національній основі, з урахуванням вітчизняних юридичних і мовних традицій та особливостей.

При формуванні юридичної конструкції слід дотримуватися певних вимог. Вона має:

- точно й повно охоплювати ті норми, статті закону, з яких виводиться юридична конструкція;
- бути цілісною, системною, відповідати іншим юридичним конструкціям, що їх виведено з інших норм, статей закону;
- максимально відповідати цілям права, законодавства;
- відрізнитись ясністю, простотою, легкістю розуміння й реалізації.

При цьому нормотворець має відшукати кращий спосіб розуміння й вираження в законі надзвичайно складної юридичної реальності, оскільки наслідки недоброякісних або зайвих юридичних конструкцій можуть виявитися складними, небезпечними та трагічними. Тому нормопроектувальник повинен пам'ятати, що створення юридичних конструкцій – справа складна, відповідальна й до неї потрібно підходити з особливою увагою.

6. Відповідність юридичної практики закону

Чи склалася практика застосування приписів нормативного акта?

Якщо так, чи відповідає нормативний акт усталеній загально-прийнятій нормозастосовчій, зокрема судовій, практиці?

Чи є практика застосування нормативного акта узгодженою?

Чи ухвалював Верховний Суд зразкові рішення відповідно до практики застосування нормативного акта?

Чи відповідає вона принципу єдності нормозастосовчої, зокрема судової, практики?

Наскільки забезпечується виконання судових рішень, що їх ухвалено відповідно до застосування приписів нормативного акта?

Чи відповідає це принципу *res judicata* («вирішена справа»)?

Чи розглядав Конституційний Суд питання конституційності приписів нормативного акта або конституційну скаргу щодо застосування приписів нормативного акта?

Чи є наявною практика звернення до ЄСПЛ або наявними рішення ЄСПЛ щодо застосування приписів нормативного акта?

Якщо є рішення ЄСПЛ, чи виконала Україна заходи індивідуального й загального характеру відповідно до Закону України «Про виконання рішень ЄСПЛ і практику застосування Європейської конвенції з прав людини», що їх спрямовано на усунення недоліків і суперечностей чинного нормативного акта?

Коментар

Юридичні тексти наділено виразами й термінами, що мають неоднозначне трактування, або оцінний характер суджень. Велика

роль у подоланні невизначеності при застосуванні таких приписів нормативних актів належить нормозастосовчим, зокрема судовим, органам. Тому важлива роль у забезпеченні відповідності юридичної практики вимогам нормативних актів належить професійному юридичному середовищу. Особлива роль у цьому належить судовій практиці.

Така практика має бути узгодженою з усією юридичною системою та, зокрема, відповідати принципу єдності судової практики.

В умовах стрімкої динаміки суспільних відносин перед судом ставляться дуже складні завдання. Він повинен ухвалювати рішення з питань, які раніше взагалі не стояли на порядку денному й не потребували юридичного регулювання.

Важливим аспектом юридичної визначеності в діяльності суду є вимога однакового застосування приписів нормативних актів. Природно, що норми права не можна тлумачити й застосовувати сьогодні й тут так, а завтра і в іншому місці – інакше. Державна, зокрема судова, влада зобов'язана дотримуватися обраної юридичної позиції та не відхилятися від неї доти, доки не з'являться вагомі й виправдані підстави змінити її та звернутися до нового розуміння тієї чи іншої норми. Такими підставами можуть бути, зокрема, виявлення помилок при інтерпретації або розвитку права, суттєві фактичні зміни в суспільних відносинах, оновлення юридичних поглядів та методологічних підходів, ухвалення актів вищої юридичної сили.

Відповідно до пунктів 4 і 5 частини четвертої статті 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», тим, що забезпечує єдність системи судоустрою, є, зокрема, єдність судової практики й обов'язковість виконання на території України судових рішень. Рішення вищих судових органів, зокрема Верховного Суду, мають бути орієнтиром для забезпечення єдності судової

практики через їхню авторитетність і значущість для розвитку судової практики.

Ще одним дієвим механізмом забезпечення єдності судової практики й прискорення розгляду деяких категорій справ, а отже – розвантаження судів, є запровадження в адміністративному судочинстві інституту типової та зразкової справи, що, безумовно, сприяє подоланню юридичної невизначеності.

РІВНІСТЬ ПЕРЕД ЗАКОНОМ І НЕДИСКРИМІНАЦІЯ

На відміну від деяких інших складників принципу верховенства права, цей принцип, як правило, фіксують у конституціях. Не є винятком і Конституція України. Відповідно до частини першої статті 24 Основного Закону громадяни України мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом.

Це означає, по-перше, що вони є рівними у правах і свободах, незалежно від місця народження та проживання, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану та інших ознак. Будь-яких привілеїв чи обмежень за вказаними ознаками не допускається.

По-друге, закон (інший нормативний акт) має застосовуватися однаково до різних осіб. Нікого не може бути поставлено в привілейоване або, навпаки, дискриміноване становище залежно від тих же вказаних вище ознак. Це впливає з концепції однаковості. Рівність перед законом особливого значення набуває при застосуванні однакових підстав юридичної відповідальності, стягнень за порушення закону.

По-третє, принцип рівності забороняє неоднакове ставлення до ситуацій, що є однаковими, або однакове ставлення до неоднакових ситуацій.

Остання вимога набула підвищеної актуальності у зв'язку з потребою в забезпеченні органами державної влади та місцевого самоврядування, а також їх посадовими особами принципу недискримінації щодо прав і свобод внутрішньо переміщених осіб.

По-четверте, принцип рівності у правах та рівності перед законом передбачає також рівний доступ до суду, однакові права у процесі здійснення правосуддя, тобто право на висловлення своєї позиції, користування рівним правом на захист тощо.

1. Рівноправність

Чи ухвалення нормативного акта не спричинить прямої або опосередкованої дискримінації?

Чи містить нормативний акт приписи, які чітко й однозначно забороняють дискримінацію?

Чи встановлює нормативний акт механізми, що унеможливають виникнення ситуації дискримінації?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують певних суб'єктів залежно від їх статусу?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують осіб на певній території?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують осіб за релігійною ознакою?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують осіб за гендерною ознакою?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують осіб за політичними переконаннями?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують осіб за віковою ознакою?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують осіб за етнічним походженням?

Чи не містить нормативний акт приписи мовної дискримінації?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують за майновим станом?

Чи не містить нормативний акт приписи, що дискримінують за іншими ознаками?

Коментар

Рівноправність насамперед означає забезпечення суб'єктам однакового ставлення до них із боку інших суб'єктів, передусім органів публічної влади (державних органів, органів місцевого самоврядування тощо). Однаковість у цьому випадку розуміється не в значенні ідентичних характеристик певних суб'єктів або обставин. Вона не є поняттям чисто арифметичним або текстуально-логічним.

Основа цього поняття – забезпечення однакових можливостей для суб'єктів, які звертаються до органів публічної влади з певних питань. Через це питання рівноправності не має ідеально чіткого визначення, оскільки для встановлення поняття рівності слід врахувати чимало різноманітних аспектів – складників рівноправності. З-поміж тих, що найбільше впливають на них, є, зокрема, такі: вік, стать, мова, наявність, брак або кількість майна, яке належить суб'єкту, політичні, релігійні переконання тощо. Такими категоріями, як «рівність прав усіх членів людського роду», оперує преамбула Загальної Декларації прав людини. До неї ці ідеї висловлювали багато світових філософів і мислителів, однак найбільшої ваги у ствердженні й популяризації ідей рівноправ'я зіграло християнське вчення. Так, зокрема, заповідь Христа про любов до ближнього як до самого себе є основою, на якій базувалося вчення про рівноправ'я, адже саме в категорії рівності слід розглядати заклик Ісуса Христа, в якому він дає настанови щодо любові до всіх, хто складає найближче коло спілкування людини.

Тут важливо також розуміти, що як тоді, так і нині дуже важко встановити критерії рівності. Ці критерії є очевидно різними в кожній людини, оскільки ми можемо об'єктивно стверджувати, що рівень любові людей самих до себе також різниться. Хтось до себе ставиться поблажливіше, ніж до близьких, а хтось –

навпаки – перед самим собою ставить набагато серйозніші й складніші завдання, ніж перед іншими, і набагато суворіше питає з себе самого, ніж з інших людей. У часи Христа ці критерії були, передусім, моральними, традиційними. З того часу починається спроба їх інституційного становлення у вигляді певних норм права.

Натепер, окрім загального орієнтиру про рівноправність, що міститься в конституціях держав, міжнародних договорах, національних законах, вживають також заходів щодо втілення цього принципу в конкретизованішому вигляді. Зокрема, у романо-германських державах це відбувається шляхом ухвалення окремих законів і підзаконних нормативних актів, що їх присвячено регулюванню певних аспектів принципу рівноправності (за статтю, релігійними, політичними переконаннями тощо). Значною мірою цьому присвячено приписи процесуального законодавства. В англо-саксонських державах це питання вирішують передусім суди, установлюючи дієві прецеденти, що можуть так ними й залишитись, а можуть у подальшому отримати втілення в актах законодавства.

І все ж, навіть за браком чітких критеріїв визначення поняття рівноправності та його пов'язаності передусім із нормами й традиціями певної держави або соціальної одиниці, що її ці норми стосуються, дискримінації не може існувати без наявності чітких обмежень, тобто – такої ситуації, коли певні суб'єкти не матимуть законно обґрунтованої переваги (привілею) порівняно з іншими особами. Критерії такої заборони встановити не легше, ніж критерії визначення рівноправності, однак еволюційно людство визначило певні стани відносин у суспільстві, які не відповідають поняттю «рівноправність», а є ознаками дискримінації. Вони не є вичерпними, і кожне суспільство може установити внаслідок свого специфічного розвитку на своїй території та в своїх особливих умовах власні додаткові критерії

або відмовитися чи видозмінити чинні критерії, однак переважна більшість наголошує на тому, щоб наведені далі обмеження були в наявності.

Заборона прямої або непрямой дискримінації відповідає правилу про те, що її має бути висловлено в законодавстві **чітко й однозначно**. А це означає, що різноманітні способи тлумачення цієї норми мають призводити до одного й того самого результату. Для цього така заборона також має відповідати встановленим нормативними актами **механізмам, які унеможливають виникнення ситуації дискримінації**. Їх розроблення – завдання щонайперше державних органів та інших органів публічної влади. І базувати побудову таких механізмів вони повинні на попередньому досвіді існування своєї та інших держав, а також на досвіді профільних міжнародних організацій та недержавних організацій, представників громадянського суспільства, чиєю справою є питання недискримінації.

Засади відповідних механізмів унеможливлення дискримінації закладено й у Конституції України. Частина друга статті 24 визначає, що не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками. Розвиток цих засад потребує насамперед активної законодавчої роботи парламенту та їх практичної імплементації органами публічної влади.

З-поміж важливих критеріїв, на які варто звернути увагу при розробленні антидискримінаційних приписів законодавства, є, зокрема, критерій **відсутності дискримінації за статусом**. Це означає, що незалежно від становища людини у світі за однакових умов різним людям належить мати однакові можливості, жодних привілеїв не допускається. Привілеї можливі лише у випадку, коли змінюється не становище людей, а умови, у яких

вони перебувають. Інколи допускається те, що називають «позитивною дискримінацією»: коли людина, яка виконувала особливо важливе для суспільства завдання або робила особливо важливу для суспільства роботу, отримує певну кількість надлишкових благ як відшкодування порівняно з тими людьми, яких до здійснення цієї діяльності не було залучено. У переважній більшості випадків таке відшкодування стосується військовослужбовців-ветеранів, працівників поліції, що виконували особливо складні завдання, тощо.

Наступним критерієм є **територія**. Дискримінація за територіальною ознакою також не допускається, оскільки такий стан справ буде відлунням колоніалізму, характерним для якого була експлуатація людини людиною за територіальною ознакою, оскільки держави-колонізатори експлуатували колонізовані території як із погляду матеріальних, так і людських ресурсів. А це, зі свого боку, призвело до дисбалансу між становищем людей у державах-колонізаторах і в колоніях (не на користь колоній). Наслідком такого стану справ часто наставала війна колоній за незалежність.

Ще однією ознакою є **релігія**. Дискримінація на релігійному ґрунті також належить до станів, коли рівноправність суб'єктів порушено. Державі не дозволено обмежувати релігію як таку. Виключні повноваження держави щодо обмежень у релігійній сфері застосовуються лише у випадку загрози життю й здоров'ю її громадян. В інших випадках духовний світ кожної людини – це її особиста справа, і держава повинна забезпечити в цьому аспекті повну свободу.

Аналогічне стосується **політичних переконань**. Забороняти можна лише ту політичну ідеологію, що несе загрозу життю й здоров'ю людей. Не менш важливими є **гендерний** та **віковий** критерії, оскільки сексизм і ейджизм стали на сьогодні надзвичайно важливими індикаторами рівноправності, які дуже часто супе-

речать традиціям певних суспільств, чим спричиняють подекуди досить значні сутічки. Також важливими є ознаки **етнічного походження, мови та майнового стану**. Насправді ці, так само як і названі вище інші ознаки, є штучними критеріями поділу людей, хто мав би й має вважатися рівноправними, а отже – такими самими, як інші, кому належить мати такі самі можливості за однакових умов.

2. Рівність перед законом

Чи відповідає зміст нормативного акта принципу рівності всіх перед законом?

Чи не передбачає нормативний акт випадки неоднакового ставлення до ситуацій, які можуть бути порівнюваними (аналогічними)?

Чи не передбачає нормативний акт випадки однакового ставлення до неоднакових ситуацій?

Чи не передбачає нормативний акт існування груп людей з особливими юридичними привілеями?

Чи не передбачає нормативний акт існування окремих осіб із особливими юридичними привілеями?

Якщо нормативний акт передбачає привілеї, чи є вони об'єктивно обґрунтованими?

Якщо нормативний акт передбачає привілеї, чи відповідають вони легітимній меті їх установаження?

Якщо нормативний акт передбачає привілеї, чи відповідають вони принципу домірності?

Чи є встановлені нормативним актом пільги легітимно обумовленими?

Якщо нормативний акт передбачає надання певних пільг, то чи не порушують вони надмірно принципу рівності?

Коментар

Рівність суб'єктів перед законом чітко відрізняється від попереднього принципу рівноправності, оскільки, якщо в попередньому випадку рівність щонайперше стосувалася відносин громадян один із одним, то в цьому випадку розглядаються насамперед відносини особи з установленими суспільством правилами або стандартами, які мають бути однаковими для всіх громадян. Конкуренція розуміння законів як правил або стандартів має давню історію.

Так, розуміння закону як правила поведінки, що його встановлено кимось, характерне для філософії Герберта Гарта та його послідовників і носить натепер назву «позитивізм». Відповідно до цієї філософії, держава, як уособлення волі суспільства, отримує всю повноту влади над його членами, а отже, може й повинна регулювати максимально детально поведінку громадян.

Це робиться за допомогою видання писаних законів, підзаконних нормативних актів, а також надання чинності в національному законодавстві нормам міжнародних договорів, що їх підписано та ратифіковано відповідною державою. Така ситуація, на перший погляд, є зрозумілою, однак вона містить цілу низку проблем усередині. Найголовніша з них криється в сутності самого поняття «правило». Воно означає установлену кимось послідовність дій, яку має вчинити суб'єкт у певних умовах. Основною проблемою цього поняття, яка кидає тінь на ефективність теорії позитивізму, є те, що правило регулює процес, а не результат.

Саме через це є непоодинокі випадки, коли чітко дотриманий порядок учинення певних дій відповідно до закону призводить до результату, який виводить за межі права. У випадку ж

із іншим підходом розуміння законів як стандартів має зворотнє місце. Стандарт далеко не завжди регулює процес здійснення певної діяльності. В основі стандартизації лежить поняття результату, а отже, саме результат має бути мірилом того, наскільки відповідає чи не відповідає закону певна поведінка окремої особи.

З позицій же верховенства права (правовладдя) принцип рівності перед законом має органічно поєднувати в собі обидва аспекти – і процес, і результат. Водночас у випадку конфлікту між ними перевагу слід віддавати останньому. Однак ця перевага не має сама стати правилом, і, відповідно, нехтування процесом має бути лише винятковим і лише чітко обґрунтованим конкретними обставинами окремої ситуації. Нехтування ж результатом на догоду процесу взагалі є неприпустимим.

Сутність принципу рівності перед законом розкриває також низка його складників. Найперший аспект, який слід брати до уваги, – **це відсутність чітко передбачених у нормативному акті випадків нерівного ставлення до ситуацій, що можуть бути однаковими, й навпаки – рівного ставлення до ситуацій, які можуть бути неоднаковими.**

Основним індикатором таких ситуацій є результат, символом якого буде порушення балансу між суб'єктами. Це нагадує з реального життя ситуацію, коли певний суб'єкт отримав якийсь блага без черги, коли інші суб'єкти стоять в черзі, або навпаки – суб'єкт, який стояв у черзі, не отримав певного блага, тоді як інші суб'єкти, що стояли у черзі разом із ним, такі блага отримали. Така ситуація призводить до дисбалансу становища привілейованих і непривілейованих суб'єктів, і саме на брак цього дисбалансу вказує принцип рівності перед законом. При цьому тут яскраво видно, що в цих випадках вимагається отримання не лише легітимного результату (відсутність привілеїв, отримання того самого блага, що його отримали інші), а й дотримання про-

цедури (яку уособлює сам факт потреби стояти в черзі). Водночас сам факт наявності цієї черги в певних випадках може бути й проігноровано, оскільки, якщо всі, хто стояв і хто не стояв у черзі, отримують відповідне благо і момент його отримання (час) не буде фактором, який впливає на їхнє задоволення від отримання цього блага, то фактор процесу може й не мати такого визначального значення.

Інша частина критеріїв є тісно пов'язаною з поняттям привілеїв. Так, нормативний акт **не має передбачати існування груп людей із особливими юридичними привілеями**. Тобто це означає, що не має бути такого законодавчого рішення, коли за однакових умов одні групи людей можуть отримати більше благ і переваг, ніж інші. Сам факт наявності такого механізму в законодавстві є порушенням принципу рівності перед законом і сам собою вже ставить під сумнів дотримання принципу верховенства права (правовладдя) як такого. Аналогічно це стосується не лише груп людей, а й **привілеїв, що їх встановлено для індивідуальних осіб**.

Утім привілеї встановлюють, і бувають випадки, коли їх установлення не призводить до порушення принципу рівності перед законом. Це може бути, коли такі привілеї є **законодавчо й об'єктивно обґрунтованими**.

Такі привілеї можуть набувати двох форм – авансу й відшкодування. В обох випадках установлення привілеїв потрібне для збалансування статусу осіб, що виконують надзвичайно важливі для суспільства завдання, чим витрачають більше своїх особистих ресурсів, ніж інші члени суспільства. Щоб відновити баланс статусу таких осіб, суспільство може законом надати відповідні привілеї або наперед, або по тому, як особа або група осіб учинить свою виняткову й корисну для суспільства діяльність.

Однак у цьому випадку слід дуже уважно вивчати не тільки, якою мірою такі привілеї було законодавчо й об'єктивно об-

грунтовано, а й з'ясовувати, наскільки **легітимною була мета їх установалення**. Усі обґрунтування відповідних привілеїв мають базуватися не лише на тому, що законодавство передбачило такий порядок, а й що існували та існують об'єктивні фактори, які спричиняють наявність відповідної пільги. Додатково до цього аспекту слід додати також таку важливу ознаку, як **домірність (пропорційність) установалення привілеїв**, адже кожна виняткова діяльність людини має свої межі, які повинні відповідати межам можливостей (передусім фінансових) відповідної держави або територіальної громади.

Установалення непропорційно великих привілеїв призведе до порушення балансу між членами суспільства та зробить такі привілеї самоціллю здійснення відповідної діяльності, за яку їх установалюють. Це часто призводить до зниження відповідної якості. Водночас непропорційно малі привілеї нівелюють сам факт їх існування й установалення, позаяк вони не будуть належним стимулом якісного виконання важливої діяльності. Інші аспекти органічно походять із названих вище.

Доречним прикладом застосування таких підходів може бути дія Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків». Цей Закон, будучи об'єктивно обумовленим та легітимним, має на меті забезпечити паритетне становище жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства. Проте обрані юридичні механізми його реалізації не забезпечують дієвого та домірного регулювання реальних суспільних відносин, що спричиняє сприйняття та дію всього Закону викривлено.

3. Недискримінація та основні вимоги

Чи не містить нормативний акт приписи, що є прямою дискримінацією?

Чи не містить нормативний акт приписи, що є непрямою дискримінацією?

Чи містить нормативний акт приписи, що становлять перелік ознак можливої дискримінації?

Чи містить нормативний акт приписи, що визначають умови позитивної дискримінації?

Якщо нормативний акт ставить особу в нерівне становище відносно інших, то чи виправдане таке становище легітимною метою?

Якщо нормативний акт ставить особу в нерівне становище відносно інших, то чи є таке становище домірним?

Чи передбачає нормативний акт дієві засоби захисту від дискримінаційного застосування норм права?

Коментар

Дискримінація сама по собі є уособленням порушеного балансу між юридичним становищем різних суб'єктів за однакових умов. Основна мета утвердження принципу верховенства права (правовладдя) полягає в забезпеченні наявності балансу між юридичним становищем осіб у державі, а також у відносинах між державою та особою.

У таких відносинах не може бути абсолютного паритету, оскільки суспільство делегувало державі виконання важливих функцій, частина з яких може вимагати обмеження свободи людини, однак принцип верховенства права (правовладдя) установлює червоні лінії, за які органам публічної влади не дозволено заходити при здійсненні своїх повноважень.

Як уже неодноразово зазначалося в попередніх підрозділах, проблема полягає в тому, що зі зміною умов дуже складно чітко визначити такі червоні лінії, оскільки те, що було неможливо уявити років 20–25 тому, натеper є абсолютно прийнятним (наприклад, поширене нині поняття підприємницької діяльності, на якому базується вся система економіки розвинутого світу, за радянських часів було криміналізовано як поняття спекуляції, за що люди отримували реальне покарання). Те, що в багатьох державах заохочується зараз задля підвищення податкових доходів, боротьби з безробіттям та багатьох інших позитивних змін, засуджувалося й заборонялося в радянський період. Осіб, охочих здійснювати підприємницьку діяльність, дискримінували шляхом встановлення прямої заборони на її здійснення та покарання за порушення такої заборони. Дискримінацію, однак, не можна розглядати як абсолютне зло. Ним вона, безумовно, є в тому випадку, коли дискримінована особа або група осіб не отримують доступу до певних благ, до яких за тих самих умов отримують доступ інші особи, але лише тоді, якщо доступ інших осіб до таких благ не є легітимно й об'єктивно обумовленим.

Бувають випадки, коли дискримінацію застосовують із позитивною метою, щоб дати вразливим верствам населення можливість відновити баланс із іншими (менш вразливими) верствами щодо свого юридичного становища. У такому випадку законодавчі норми мають бути не лише легітимно обумовленими, а й враховувати те, що основною метою їх упровадження має бути підтримання балансу юридичного становища різних верств населення. Парламент при ухваленні таких законів повинен системно аналізувати стан справ не тільки в конкретному випадку, але й враховувати регулятивний вплив можливого рішення на всю

юридичну систему країни. Для забезпечення цього законодавчі акти мають включати такі нижченаведені аспекти.

Щонайперше, нормативний акт не має містити приписів, які є **прямою дискримінацією**. Це особливо важливо для Конституції, за нормами якої жодним чином не повинно бути ситуації, що являла б собою пряму дискримінацію будь-якої окремої особи або групи осіб за абиякою ознакою: мовною, етнічною, політичною, статевою, релігійною тощо. Таких норм не має бути також в актах законодавства, що їх ухвалено на основі приписів Конституції. Крім того, у разі підписання або ратифікації міжнародного договору України, який містить норми, що встановлюють ознаки прямої дискримінації, слід також указувати на такі випадки або на етапі підготовки до підписання документа, або під час його ратифікації.

Не менш важливо, щоби в актах законодавства не було приписів, які є **непрямою дискримінацією**. Непряма дискримінація – поняття, складніше від прямої, оскільки її, як правило, виписано так, що часто сам факт дискримінації виявити непросто. Інша складність полягає в тому, що бувають випадки, коли непряму дискримінацію можна записати до відповідних норм мимоволі, ненавмисне. У таких випадках вона може бути особливо підступною.

Тим, що полегшує справу виявлення прямої або непрямої дискримінації, є перелік критеріїв або **ознак можливої дискримінації**. Такі ознаки має бути чітко передбачено в нормативному акті, і вони мають бути орієнтиром для тих, хто в подальшому буде його застосовувати. Установлення таких ознак допоможе нормозастосовчим органам чіткіше зрозуміти сутність того, що в певному суспільстві вважається прямою або непрямою дискримінацією, аби прискорити процес нормозастосування,

зробити його менш тривалим. Рівночасно слід розуміти також, що сам процес установалення таких ознак не може бути сталим, оскільки, як уже неодноразово зазначалося в попередніх підрозділах, умови з часом можуть змінитися, але, незважаючи на зміну їх системи координат, законодавство має забезпечити чіткий перелік ознак, які будуть свідчити про можливу наявність дискримінації. Тому нормозастосовчі органи повинні дуже уважно підходити до аналізу викладених в акті законодавства норм, зіставивши їх з умовами, що змінилися, та звернувши увагу на всі зміни, що сталися за нових умов, і, відповідно, відкоригувавши норми законодавства.

При оцінюванні норм законодавства варто також зважати на те, чи є в нормативному акті приписи, які визначають умови **позитивної дискримінації**. Про позитивну дискримінацію вже йшлося в попередніх підрозділах. Вона, зокрема, має місце в тих випадках, коли певні верстви населення отримують переваги внаслідок вже понесених ними надмірних втрат на благо суспільства або у випадках, коли в такий спосіб суспільство намагається допомогти його членам, які, на жаль, від природи поставлені в нерівні умови.

Додатково слід також звернути увагу й на той випадок, коли нормативний акт ставить особу в нерівні умови відносно інших: чи є таке положення **легітимним** (тобто таким, що його передбачено актами законодавства) та **домірним** (тобто таким, що повною мірою відображає надання такої кількості додаткових порівняно з іншими суб'єктами благ, яка буде ані більшою, ані меншою, ніж та, що потрібна для відновлення порушеного балансу).

І останній, але не менш важливий аспект цього принципу – це забезпечення нормативним актом **дієвих засобів захисту від дискримінаційного застосування норм права**. Засоби захисту мо-

жуть бути різними: звернення до відповідної компетентної посадової особи органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування, звернення до суду, інші законні механізми захисту осіб від дискримінаційного застосування приписів права.

4. Особливості дискримінації в окремих випадках

Чи містить нормативний акт обґрунтування потреби в позитивній дискримінації?

Чи відповідає передбачена нормативним актом позитивна дискримінація легітимній меті?

Чи є в нормативному акті приписи, що чітко визначають конкретних осіб або групи, щодо яких застосовується позитивна дискримінація?

Чи передбачає нормативний акт часовий проміжок позитивної дискримінації?

Чи передбачає нормативний акт скасування позитивної дискримінації по досягненні мети?

Чи відповідає передбачена нормативним актом позитивна дискримінація принципу домірності?

Чи долає передбачена нормативним актом позитивна дискримінація структурну нерівність?

Чи долає передбачена нормативним актом позитивна дискримінація матеріальну нерівність?

Чи долає передбачена нормативним актом позитивна дискримінація нерівність можливостей?

Коментар

Як уже неодноразово зазначалося вище в попередніх розділах, в окремих випадках дискримінація в законодавстві є допустимою

в межах принципу верховенства права (правовладдя). Рівночасно слід пам'ятати, що основною відправною точкою таких випадків має бути їх винятковість і несистемний характер. Дискримінація є можливою передовсім як відшкодування певним членам суспільства, котрі зробили щось надзвичайно значне для суспільства, щось таке, що не було б під силу іншим його членам і від чого вони та інші члени суспільства отримали великі блага.

При цьому коефіцієнт корисної дії таких вчинків члена суспільства або такої групи осіб має бути надзвичайно високим, насамперед через те, що саме суспільство має обов'язок визначити, наскільки більше воно готове витратити своїх ресурсів (людських, матеріальних тощо) задля забезпечення таких пільг і привілеїв. Водночас при наданні певним нормам законодавства ознак дискримінації слід, крім вищезазначеного, брати до уваги також наведені нижче умови.

Так, будь-який такий нормативний акт має містити **обґрунтування потреби дискримінації**. Будь-який відступ від установлених усталених правил має бути чітко пояснено й обґрунтовано. Щонайперше, це стосується тих з них, які набудуть статусу дискримінаційних. Нормативний акт має показати, яким саме чином такий припис зможе відновити баланс між правами всіх членів відповідного суспільства, у тому числі й тих, хто також зазнав певних втрат, але при цьому не отримав благ, що їх отримали інші.

Додатково до обґрунтування потреби дискримінації слід зауважити, що наявна дискримінація, передбачена такою нормою, має відповідати **легітимній меті**. Це означає, що кожен передбачений дискримінаційною нормою аспект має базуватися на нормах іншого нормативного акта вищого рівня, який, зі свого боку, поставив за мету наявність саме такої норми. У цьому випадку обґрунтування наявності такої норми має міститися в тому нормативному акті вищого рівня, що ним встановлено означену мету.

Наступним критерієм такого принципу є наявність у нормативному акті припису (приписів), що визначає (визначають) **конкретних осіб або групу осіб, стосовно яких застосовується позитивна дискримінація**. Така вимога є продовженням неодноразово викладеної вище вимоги щодо чіткості формулювань нормативних актів і неодмінності зрозумілого пояснення причин та наслідків запровадження дискримінаційних норм. З-поміж причин такого пояснення має місце також вимога вказати на конкретних осіб або групи осіб, що їм така дискримінація буде вигідною. Аналогічно в таких випадках рекомендується визначати також групу осіб або особу, що їм буде дискриміновано. Це є однією з вимог юридичної визначеності, що допомагатиме суб'єктам чітко усвідомлювати й розуміти наслідки своїх дій.

Не менш важливим аспектом є й те, що нормативний акт, який містить дискримінаційний припис, **має передбачати його скасування по досягненні установленої в цьому акті мети**. Скасування дискримінаційної норми – неодмінна умова щодо всіх дискримінаційних норм (чи то норм позитивної дискримінації, чи норм власне дискримінації), оскільки дискримінація (у будь-якій формі) є явищем тимчасовим, яке свідомо впроваджується на певний період часу для досягнення встановленої законодавством легітимної мети. По її досягненні потреба в наявності такої норми зникне, відтак її має бути скасовано.

Аналогічно попередньому розділу, тут також ідеться про принцип **домірності** дискримінації. Навіть якщо її запроваджується в певному нормативному акті, її розмір і ефект мають бути домірними відносно того відшкодувального (компенсаційного) випадку, що його така дискримінація покликана збалансувати. За розміром вона не може бути ані меншою, ані більшою за допустимий для встановлення потрібний баланс.

У рамках визначення домірності дискримінації варто також звернути увагу на окремі сутнісні характеристики дискриміна-

ції, зокрема такі, як **подолання позитивною дискримінацією структурної нерівності, матеріальної нерівності та нерівності можливостей**. Ці три аспекти стосуються самої сутності поняття дискримінації. Як уже зазначалося вище, при установленні дискримінаційних приписів у нормативному акті слід керуватися їх тимчасовим характером, і в основу цього має бути покладено виконання потрібних завдань – таких, зокрема, про які сказано вище щодо подолання структурної нерівності.

Жоден громадянин не повинен відчувати, що він структурно відрізняється від іншого громадянина. Це слід доповнити тим, що громадянин, незважаючи на його майновий стан, не повинен відчувати утисків або якихось інших дискримінаційних проявів, котрі свідчили б про те, що його правовий статус не визнають інші громадяни або що вони нехтують ним. Одночасно все це має сприйматися через розуміння рівності громадян, передовсім через рівність можливостей за однакових зовнішніх і внутрішніх умов. Тому норми законодавства, що мають дискримінаційний характер, має бути виписано так, щоб вони не установлювали нерівних можливостей, а навпаки – їх запровадження має виправляти ситуацію та призводити до установлення збалансованих відносин членів суспільства один з одним і надавати їм однакові можливості за однакових умов.

5. Позитивна дискримінація

Чи містить нормативний акт приписи, що об'єктивно обґрунтують випадки дискримінації?

Якщо нормативний акт містить дискримінаційні приписи щодо військовослужбовців, якою мірою це обґрунтовано й виправдано?

Якщо нормативний акт містить дискримінаційні приписи стосовно осіб, що постраждали від катастроф або катаклізмів, якою мірою це обґрунтовано й виправдано?

Якщо нормативний акт містить дискримінаційні приписи щодо людей з обмеженими можливостями, якою мірою це обґрунтовано й виправдано?

Якщо нормативний акт містить дискримінаційні приписи щодо учнів та студентів, якою мірою це обґрунтовано й виправдано?

Якщо нормативний акт містить дискримінаційні приписи щодо пенсіонерів, якою мірою це обґрунтовано й виправдано?

Якщо нормативний акт містить приписи релігійної дискримінації, якою мірою вони є обґрунтованими й виправданими?

Якщо нормативний акт містить приписи освітньої дискримінації, якою мірою вони є обґрунтованими й виправданими?

Якщо нормативний акт містить приписи територіальної дискримінації, якою мірою вони є обґрунтованими й виправданими?

Якщо нормативний акт містить приписи мовної дискримінації, якою мірою вони є обґрунтованими й виправданими?

Якщо нормативний акт містить приписи політичної дискримінації, якою мірою вони є обґрунтованими й виправданими?

Коментар

Позитивна дискримінація є одним із тих її видів, що на перший погляд не мав би викликати жодного занепокоєння, оскільки «позитивне» сприймається як «хороше». Водночас, хоч і позитивний, цей вид дискримінації при цьому не перестає бути дискримінацією з усіма її перевагами й недоліками. Однак такий її вид має більше переваг.

Так, позитивну дискримінацію запроваджують у тому випадку, коли різні групи населення отримують авансом деякі блага як відшкодування за майбутні їхні дії на користь суспільства або отримують такі блага постфактум як винагороду за вчинення особливо корисних дій на благо суспільства в минулому.

Основна мета позитивної дискримінації полягає в установленні балансу між юридичним становищем осіб, що стануть об'єктом такої дискримінації (дискримінованими), та особами, яких вона не торкнеться. Водночас цей вид дискримінації критикують за те, що в переважній більшості випадків вона має на меті установити баланс, базований на статистичній рівності, і часто не враховує інші чинники.

Позитивну дискримінацію часто також критикують звичайні люди, які часто можуть не розуміти сенсу отримання певними групами населення додаткових благ. У такому випадку йдеться або про брак достатньої обізнаності осіб, які такий стан справ критикують, з їх реальним становищем та становищем тих, хто є об'єктом позитивної дискримінації (тобто зі станом дискримінованих). Або ж у такому випадку йдеться про недосконалий механізм установлення відповідних привілеїв, який фактично не призводить до потрібного ефекту.

Позитивну дискримінацію найчастіше передбачено або нормами законодавства, або відповідними місцевими традиціями, що історично склалися в певному суспільстві. Водночас обов'язковою умовою для нормативних актів, що містять приписи позитивної дискримінації, є вимога її **об'єктивної обґрунтованості**. Означена вимога корелюється із загальною вимогою, що її висунуто до дискримінаційних норм: їх має бути максимально пояснено та обґрунтовано так, щоб до них не було запитань у будь-кого, хто ставить конечність запровадження таких норм під сумнів. Так, для кожного випадку встановлення дискримінаційної норми (навіть якщо йдеться про позитивну дискримінацію) мають бути підстави, на яких базується таке рішення, а в ідеалі також має бути й прогноз ефекту, до якого має призвести запровадження такої норми.

Окрім обґрунтованості позитивна дискримінація має відповідати іншим важливим критеріям, одним із яких (і чи не найважливішим) є сам об'єкт дискримінації (особа, що її дискримінують). Так, **позитивну дискримінацію військовослужбовців** запроваджують як данину їх важливій ролі в захисті територіальної цілісності та недоторканності держави.

Позитивна дискримінація військовослужбовців відома ще з давніх давен. У більшості стародавніх та середньовічних держав військовослужбовці мали привілейований статус. Часто саме військова служба була чи не єдиним способом змінити свій статус у суспільстві. Приміром, у Стародавній Індії військовослужбовців було виокремлено як касту за статусом нижчу лише від касті жерців-брахманів, але вищу за всі інші. У різних державах і дотепер зберігаються привілеї для військовослужбовців з огляду на складний характер їхньої служби. Таку позитивну дискримінацію, як правило, схвально сприймає суспільство, оскільки часто представники цієї групи є в багатьох сім'ях, тому люди добре обізнані з характером військової служби й адекватно оцінюють потрібність такої позитивної дискримінації.

Дещо інакше ставлення до інших категорій об'єктів позитивної дискримінації (категорій дискримінованих осіб). Так, зокрема, позитивна дискримінація **постраждалих від катастроф та катаклізмів** не базується на критеріях їх корисності для суспільства. Це, навпаки, є проявом суспільного милосердя до людей, які тимчасово потрапили в дискримінаційні обставини, часто всупереч своїй волі. З одного боку, суспільство не зобов'язане надавати таку підтримку, і є держави, де її покладено на страхові компанії (у випадку наявності страхового поліса). Але переважна більшість суспільств передає розподіл і координацію такої підтримки державі, тому позитивну дискримінацію

таких людей, як правило, передбачено нормами національного законодавства. Водночас такі норми не завжди схвально сприймаються суспільством.

Додатково до вищезазначеної категорії, до специфічних груп осіб, що є об'єктом позитивної дискримінації, належать **люди з обмеженими можливостями, учні та студенти, а також пенсіонери**. Ці три категорії об'єднано через те, що всі вони стають об'єктами позитивної дискримінації внаслідок реакції суспільства на їхню неповну здатність реалізувати свої можливості порівняно з іншими членами суспільства. Так, учням і студентам часто бракує знань та досвіду для прийняття обґрунтованих і зважених рішень, тому є ціла низка аспектів їхнього життя, де суспільство їх позитивно дискримінує. Люди ж із обмеженими можливостями й пенсіонери часто так само не можуть повністю реалізувати свої можливості, але через інші чинники: передовсім, через стан здоров'я, вік, інші обмежені можливості. Позитивну дискримінацію таких членів суспільства також часто неоднозначно сприймають інші члени суспільства. Зокрема, далеко не всі держави світу запроваджують такого типу позитивну дискримінацію. Є держави, які не платять пенсій, допомоги учням і студентам, а також особам із обмеженими можливостями, перекладаючи ці зобов'язання на них самих, їхніх родичів, а також на благодійні та релігійні організації.

Позитивна дискримінація може стосуватися також **релігії**. Вона насамперед пов'язана з традиціями відповідної держави, які можуть передбачати надання переваги певній релігійній групі порівняно з іншою. Такі приклади в світі не поодинокі. Однак принцип верховенства права (правовладдя) вимагає, щоб у такому випадку представники інших релігій також мали право вільно сповідувати свої віровчення й отримувати від держави захист від неправомірних посягань.

Аналогічно до позитивної дискримінації за ознакою релігії вона можлива також за ознакою **освіти**, коли, наприклад, для здійснення певної роботи встановлюють вимогу мати певний рівень освіти. Однак це об'єктивно пояснюється тим, що особа без такої освіти просто не зможе виконувати певну роботу, буде некомпетентною, тому встановлення такого типу позитивної дискримінації видається виправданим.

Водночас установа **територіальної, мовної або політичної** позитивної дискримінації має здійснюватися дуже обережно, адже це ті сфери, де дуже складно оцінити адекватно рівень позитивної дискримінації, що є потрібним на конкретний момент, оскільки це залежить від дуже багатьох суперечливих чинників.

ДОМІРНІСТЬ (ПРОПОРЦІЙНІСТЬ)

Принцип домірності (пропорційності) є одним із визначальних елементів у системі складників верховенства права (правовладдя), хоча його безпосередньо до них і не віднесено в документі Венеційської комісії «*Rule of law Checklist*» («Мірило правовладдя»). Його спрямовано, насамперед, на установлення розумного балансу між потрібними в демократичному суспільстві випадками обмеження прав людини та легітимною метою такого обмеження. У практиці ЄСПЛ таке отримало назву «тесту на домірність». Хоча в процесі тривалої еволюції цей принцип істотно розширив межі свого використання, досягнення балансу між приватними та публічними інтересами залишається визначальним і дотепер. Цей принцип є важливим для розуміння особою, у якому порядку та в яких випадках може бути застосовано обмеження прав людини, а також – які державні органи їх можуть застосовувати. Для органів державної влади це означає, що їм не дозволено діяти на власний розсуд у питаннях реалізації прав людини, а дозволено діяти лише відповідно до визначених Конституцією та законами меж і порядку.

Крім зазначеного принцип домірності регламентує співвідношення між поставленою метою та засобами й способами її досягнення. В основу цього принципу покладено ідею, згідно з якою загальний інтерес, що ним керується держава, не може бути таким, що придушує свободу окремої особи. Жодні спокуси обмежити дії особи, а тим більше зовсім зневажати її свободу, посилаючись на потребу боротьби з економічною кризою або іншими суспільними небезпеками, у демократичній державі, керованій верховенством права (правовладдям), не може бути виправдано.

Саме в цьому реалізується ідея справедливості – базової цінності, на якій ґрунтується право.

Оскільки підстави для обмеження прав і свобод людини сформульовано як у національних конституціях, так і в ак-

тах міжнародного права досить загально, у вигляді так званих «оцінних понять», вирішальна роль у тлумаченні та конкретизації змісту принципу домірності щодо конкретних юридичних ситуацій продовжує належати судам. У процесі тривалої практики міжнародні судові установи, зокрема ЄСПЛ, та національні суди, передусім конституційні, сформулювали низку вимог принципу домірності, що їх узагальнено можна звести до такого:

- будь-які обмеження основоположних прав і свобод є можливими лише на підставі закону в передбачених конституцією (або актами міжнародного права) цілях та лише в межах, що є потрібними для нормального функціонування демократичного суспільства;
- такі обмеження мають застосовуватися лише у випадках, якщо немає менш обтяжливих заходів (засобів і способів) запобігання порушенням прав і свобод інших осіб та забезпечення публічних інтересів;
- наслідки заходів, що обмежують реалізацію прав і свобод, не мають бути надмірними та мають бути суворо обумовленими метою, що переслідується.

Зарубіжна судова практика, зокрема практика ЄСПЛ, сформулювала також певні критерії (хоч і не абсолютно визначені) оцінних категорій, пов'язаних із публічним інтересом, що мають суттєве значення для застосування принципу домірності, як-от: «потрібність у демократичному суспільстві», «невідкладна суспільна потреба», «переслідувана правомірна мета», додержання справедливої рівноваги між «загальним інтересом» та «інтересом особи» тощо. Напрацювання Страсбурзького суду у цій царині чинять істотний вплив на національну нормотворчу й судову практики, зокрема й українську.

Продовжуючи виконувати свою головну функцію як засіб забезпечення справедливого балансу між вимогами публічного інтересу та необхідністю забезпечувати фундаментальні права особи, принцип домірності в перебігу свого розвитку значно розширив діапазон своєї дії.

Він є застосовним нині не тільки для визначення меж можливих обмежень прав і свобод людини нормозастосовчими органами держави, а й для:

- поширення на всі напрями й види державної діяльності, включаючи законотворчу;
- охоплення як публічних, так і приватних правовідносин.

Це означає, що дія принципу домірності поширюється майже на всі юридичні питання – від регламентації повноважень різних органів державної влади, місцевого самоврядування та їх збалансування, запобігання зловживанню дискреційними повноваженнями та встановлення меж свободи розсуду до вирішення питань про співвідношення конституційних прав і обов'язків, відповідність покарання вчиненому злочину, праці й винагороди за неї, прав і обов'язків кредитора та боржника, а також про збалансованість прав сторін у судовому процесі тощо.

1. Основні вимоги домірності та стан їх законодавчого унормування

Яким є законодавче унормування принципу домірності?

Яким є законодавче унормування окремих елементів принципу домірності?

Чи достатньо повно законодавче унормування відображає сутність принципу домірності?

Чи достатньою мірою визначено умови балансу між приватними й публічними інтересами?

Які нормативні акти переважають у відображенні цього принципу та його елементів: закони чи підзаконні акти?

Чи немає суперечностей в унормуванні цього принципу та його елементів у різних нормативних актах?

Чи немає прогалин або цілковитого браку нормативного регулювання окремих елементів принципу домірності?

Чи є легітимною та істотною мета, заради досягнення якої обмежено права?

Чи є достатньо обґрунтованими засоби досягнення поставленої мети?

Чи обмеження прав осіб задля досягнення мети насправді є мінімальним?

Чи обмеження прав осіб задля досягнення мети насправді є домірним?

Чи відповідає нормативний акт практиці того, як Конституційний Суд України застосовує принцип домірності?

Чи відповідає нормативний акт практиці того, як Верховний суд України застосовує принцип домірності?

Чи відповідає нормативний акт практиці того, як Європейський суд із прав людини застосовує принцип домірності?

Коментар

Принцип домірності як елемент у системі складників верховенства права (правовладдя) виник завдяки судовій практиці, насамперед німецьких судів, які його й сформулювали. Із часом його сприйняли, розвинули й доповнили суди Великої Британії, США, Канади, Ізраїлю та інших країн, а також наднаціональні суди, як-

от: Європейський суд із прав людини та Суд справедливості (Суд Європейського Союзу).

Нині домірність перестала бути винятково інструментом судівської діяльності, за допомогою якого суди визначають відповідність актів права вимогам верховенства права (правовладдя). Домірність, інколи іменована як «тест на домірність», поступово стає базовим складником розроблення всіх нормативних та нормозастосовчих актів, насамперед тих, що стосуються обмеження прав людини.

Сутнісна засада домірності полягає у визнанні того факту, що переважна більшість прав та інтересів людини не є абсолютними або такими, що заздалегідь переважають над правами й інтересами інших осіб, інтересами держави і суспільства. Кожна конкретна ситуація, де перетинаються або вступають у конфлікт приватні права, приватні й публічні права та інтереси, потребує пошуку справедливого балансу між ними. Сам факт досягнення такого балансу має бути запорукою стабільного, передбачуваного розвитку суспільних відносин і профілактикою виникнення кризових явищ у публічних та приватних сферах життя. Відшукати й досягти такого балансу можливо, застосовуючи комплекс взаємопов'язаних між собою вимог і методів, частину питань щодо яких також буде прокоментовано в наступних підрозділах.

Питання цього підрозділу стосуються основних вимог домірності та стану їх законодавчого унормування. Слід зазначити, що вимоги принципу домірності можуть набувати свого унормування, у більш-менш розгорнутому вигляді, у нормативних актах, що регулюють відносини в усіх без винятку галузях права й міжгалузевих комплексах. Найперше це стосується конституційного права. Так само їх унормовують і застосовують у кримінальному, цивільному, трудовому праві та інших його галузях.

Серед зазначених основних вимог слід виокремити такі: наявність легітимної та істотної мети, заради досягнення якої права людини обмежують; обґрунтованість, виправданість засобу досягнення поставленої мети; домірність обмеження прав людини тощо.

Так, Конституція України в частині другій статті 64 містить припис, відповідно до якого: «В умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені статтями 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 цієї Конституції».

Цим приписом визначено умови обмеження права людини виключно у випадку воєнного та надзвичайного стану з обов'язковим зазначенням строку дії таких обмежень та окреслено коло прав людини, що не підлягають обмеженню. Він визначає лише легітимність можливого обмеження прав людини, мета такого обмеження презюмується; засіб обмеження, виправданість обраного засобу, домірність обмеження потребують своєї конкретизації на рівні інших нормативних актів або ж нормозастосовчих рішень.

Іншим прикладом конституційного втілення принципу домірності є стаття 69 Конституції України, відповідно до якої: «Громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. Обмеження щодо реалізації цього права може встановлюватися судом відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей».

У цьому випадку конституцієдавець у вичерпний спосіб нормативно визначив легітимну та істотну мету обмеження права лю

дини на мирні зібрання й демонстрації. Процедура установаження обмеження, обґрунтованість, виправданість засобу досягнення поставленої мети, домірність обмеження прав людини залишаються прерогативою закону та суду.

Наведені приклади унормування вимог принципу домірності на рівні Конституції України не є вичерпними. Як зазначалося, їх можливо також ідентифікувати в різних галузях права. Насамперед це стосується норм, що установають відповідальність за скоєне правопорушення або завдану шкоду, де чітко проявляється домірність між тяжкістю наслідків правопорушення та мірою покарання, між заподіяними збитками та відшкодуванням тощо.

Відповідно, від ступеня деталізації та унормування вимог принципу домірності напряду залежатиме ефективність його реалізації у конкретних правовідносинах і широке застосування у нормозастосовчій діяльності.

2. Вимоги придатності

Чи є розбіжність між принципом домірності та поставленою законодавцем метою?

Чи є розбіжність між поставленою законодавцем метою та способами її досягнення?

Чи є придатними установажені законодавцем способи досягнення мети, враховуючи вимоги юридичної визначеності?

Чи є придатними установажені законодавцем способи досягнення мети з погляду юридичного забезпечення процесу їх виконання?

Чи є придатними установажені законодавцем способи досягнення мети, враховуючи наявні матеріальні ресурси для виконавців?

Чи не спотворюється мета, установажена законодавцем, способами її досягнення (за загальним правилом, мета не має виправдовувати засіб)?

Чим установлено межі дискреції за відсутності вказівки законодавця щодо способів досягнення мети?

Чи є обмеження прав особи надмірним?

Чи не є надмірним завданий особі збиток відносно досягнення публічної мети?

Чи є інші, менш обтяжливі, засоби обмеження прав?

Коментар

Питання цього підрозділу присвячено одній із вимог принципу домірності, а саме придатності, актуалізація якої відбувається здебільшого під час здійснення нормозастосовчої діяльності. Органи публічної влади, здійснюючи свої повноваження, стикаються з численними ситуаціями, коли доводиться ухвалювати рішення, що може обмежити права особи. Прикладом такого можуть бути випадки: виділення землі під забудову, що може вплинути на права інших мешканців з погляду безпечності екології; використання громадської інфраструктури; викупу приватної власності для задоволення суспільних потреб, коли постає питання надання справедливого відшкодування, тощо.

У таких та подібних випадках для досягнення справедливого балансу між публічними й приватними інтересами має бути застосовано принцип домірності. Такого балансу можливо досягти в різний спосіб, у нашому випадку – здебільшого відшкодувального (компенсаційного) характеру. Способи, завдяки яким досягатиметься такий ефект, має бути перевірено, зокрема, і на придатність. Вимогу придатності характеризує мета, що її має бути досягнуто в спосіб, спрямований на таке досягнення, та зв'язок, що має бути між метою та заходом. Насамперед, придатність мети можливого обмеження прав буде перевірено на предмет її законності. Якщо закон такої мети не передбачає, то, відповідно, вона є непридатною й далі аналізувати способи

розв'язання тієї чи іншої ситуації через призму принципу домірності немає сенсу.

Якщо закон визначив таку мету, наступним етапом перевірки на придатність буде з'ясування відповідності мети та способів її досягнення принципів юридичної визначеності. Відповідно, від ступеня ясності, чіткості, зрозумілості норми закону на пряму залежатиме її придатність для застосування. Визначені законодавцем норми не має бути витлумачено довільно в розширений або звужений спосіб тими, кого вони стосуються, а весь процес їх реалізації має бути чітко регламентовано в спосіб, що відповідає принципу юридичної визначеності – без прогалин і колізій, інакше їх також може бути визнано непридатними для застосування принципу домірності.

Наступним складником придатності слід вважати реальність як самої поставленої мети, так і способів її досягнення. Законодавець не повинен встановлювати нездійсненні цілі та покласти обов'язки, які неможливо виконати на практиці. Передусім це стосується матеріальних ресурсів, які є в розпорядженні нормозастосувача, його функціональних та інституційних спроможностей. Сама мета має бути досяжною, а практична неможливість її досягнення способами, які немисливо виконати, так само роблять непридатним застосування принципу домірності.

Ця вимога вказує на неодмінність установлення очевидного й достатнього зв'язку між метою та засобами її досягнення, який також може бути оцінено з погляду придатності. Для такого зв'язку характерним є те, що обраний спосіб має сприяти досягненню очікуваного результату й не виходити за його межі. Вихід способів досягнення мети за її межі розриває означений зв'язок, наслідком чого може стати надмірне обмеження прав людини, спотворення мети, задля якої певні дії вчинено, тощо.

Зазначені елементи придатності як однієї з вимог принципу домірності є характерними не тільки для актів нормозастосу-

вання, а й для актів нормотворчості. Законодавець, здійснюючи юридичне регулювання, що передбачає можливе втручання в права людини або їх обмеження, так само повинен мати легітимну мету, формулюючи ясні, чіткі, здійсненні способи її досягнення, котрі не допускають її спотворення й надмірного обмеження прав людини.

3. Вимога потрібності

Чи не звужує нормативний акт зміст та обсяг наявних прав людини?

Чи установлює нормативний акт випадки обмеження прав людини?

Якщо установлюються випадки обмеження прав людини, то чи передбачено це законом чи підзаконним актом?

Чи чітко визначено в нормативному акті мету обмеження прав людини?

Чи відповідають установлені нормативним актом обмеження прав людини законній меті?

Чи дотримано розумний баланс між обмеженням прав людини та його метою?

Чи дотримано підхід мінімального обмеження прав людини?

Чи не установлено надмірних обмежень прав людини, що можуть призвести до їх порушення?

Якою мірою встановлені обмеження прав людини узгоджуються з Конституцією та законами України?

Чи відповідають установлені обмеження прав людини міжнародним і, зокрема, європейським стандартам прав людини?

Коментар

Цей підрозділ стосується питань, які характеризують принцип домірності через вимогу потрібності, яку має бути встановлено після проходження умовного тесту на придатність мети й способів обмеження прав людини. В основу вимоги покладено потребу пошуку найменш обтяжливого засобу такого обмеження.

Розробляючи нормативні або ж нормозастосовчі акти, які за своїм змістом можуть обмежувати права людини, слід брати до уваги, що зважування прав та інтересів, публічних чи приватних, обрання найменш обтяжливого засобу обмежень тощо, не є механічною або математичною процедурою. Варто враховувати, що людина є найвищою цінністю, а також носієм не тільки прав, а й потреб та інтересів, їй також властиві наміри та очікування, прагнення до стабільності й безпеки тощо. Тому принцип домірності тісно пов'язаний із принципом розумності, який має застосовуватися наскрізно, допомагаючи через оцінні судження виділити належну вагу права, дійсну мету його обмеження, найсприятливіші або ж найменш обтяжливі для людини засоби її досягнення, справедливу компенсацію за обмежене право тощо.

З огляду на вищезазначене, після перевірки способів досягнення мети, відповідності критеріям придатності з отриманням позитивного результату, природно постає питання щодо перевірки способів реалізації принципу домірності на предмет їх потрібності в обставинах конкретної ситуації. Як свідчить нормозастосовча практика, придатні способи обмеження прав людини, які спираються на легітимну мету, в одних випадках будуть потрібними, а в інших – надмірними або недостатніми.

Наприклад, парламент країни ухвалює рішення про заборону використання (експлуатацію) диких тварин у цирках або подібних

виставах. Очевидно, що нормотворець дотримується цілком легітимної мети, що її спрямовано на недопущення жорстокого поводження з тваринами, утримання їх у неналежних умовах тощо. Водночас є інтереси власників цих тварин, які, використовуючи їх, легітимно очікували на отримання прибутку від вистав. У цьому випадку, крім самої заборони, має бути передбачено домірні, придатні й потрібні способи, які компенсували б факт втрати власності та не підривали довіру суспільства до владних інститутів. Одним із таких способів може бути викуп тварин державою у власників із наступним переданням їх до зоопарків або інших місць, де буде забезпечено належні умови їх утримання. Такий механізм потребує детального опису з метою встановлення придатної процедури визначення вартості, строків, відповідальних осіб, способів комунікації, можливості оскарження тощо. Проте, якщо в результаті проведення передбачених процедур ціна викупу буде недомірно малою відносно затрат власників, утраченої вигоди тощо, інакше кажучи, несправедливою, такий захід вважатиметься недостатнім, а отже, його не може бути оцінено як потрібний, незважаючи на легітимну мету та придатні способи її досягнення.

Такий стан речей вказує на те, що в основі визначення вимоги потрібності є потреба у всебічному аналізі конкретної ситуації, з усіма обставинами, що її характеризують, з огляду на той факт, що абсолютно однакових життєвих ситуацій майже не буває й кожна ситуація має свої особливості та відмінні риси. Крім того, потрібно вивчити можливі альтернативні способи, що їх може бути використано для досягнення поставленої мети, їх недоліки й переваги, відповідно, виражено обрати найдоцільніший зі способів до потреб практики. Означений інтелектуальний процес оцінювання ситуації передбачає зважування різних аспектів цілей і засобів, дій і наслід-

ків, публічних і приватних інтересів, кінцевою метою якого є вибір мінімального способу обмеження прав людини задля досягнення справедливої рівноваги або ж балансу між публічними та приватними інтересами.

Прикладами потрібного втручання в права людини з боку публічних органів влади може бути впровадження алгоритму початкового використання більш м'яких способів впливу, не пов'язаних із можливою шкодою, як-от попередження, з поступовим переходом, у разі недосягнення легітимної мети, до жорсткіших, як-от установлення юридичних заборон, покладення юридичних обов'язків тощо.

4. Заборона перебільшення

Чи відповідають Конституції та законам України встановлені іншими нормативними актами випадки і порядок обмеження прав людини?

Чи відповідають Європейській конвенції з прав людини та іншим міжнародним актам із прав людини установлені нормативними актами випадки і порядок обмеження прав людини?

Чи відповідають ці випадки критерію «потрібності в демократичному суспільстві»?

Якою мірою є збалансованим співвідношення між причиною обмеження прав людини та способами його досягнення?

Чи відповідають випадки обмеження прав людини «тестові на домірність», виробленому практикою ЄСПЛ?

Чи не встановлює нормативний акт такі надмірні обмеження прав людини, що цим вихолощується сутність самого права?

Чи не призводить мета обмеження права людини фактично до його нівелювання?

Чи відповідає нормативний акт підходу неприпустимості спотворення сутності прав людини законом?

Як багато є звернень до судових органів України стосовно надмірного обмеження прав людини, встановленого певним нормативним актом?

Чи є конституційними скарги або заяви до ЄСПЛ, а також рішення КСУ, ЄСПЛ стосовно порушення принципу домірності у випадках, які є предметом регулювання відповідного нормативного акта?

Коментар

Цей підрозділ присвячено питанням, відповіді на які дозволяють з'ясувати стан дотримання ще однієї вимоги принципу домірності, а саме – заборони перебільшення. На практиці способи обмеження прав людини задля досягнення легітимної мети можуть бути придатними, але їх перебільшений вплив на права може вихолостити їхню сутність, тим самим порушуючи принцип домірності, спрямований на пошук розумного балансу між публічними та приватними інтересами.

Прикладом такого перебільшеного або надмірного впливу можуть слугувати ситуації установа законом або нормозастосовним рішенням таких умов проведення мітингів та демонстрацій, які при їх виконанні спотворюють сутність права на демонстрацію. Означене право є одним із фундаментальних прав людини, яке є співвідносним із правом висловити позицію (*right to be heard*). Воно відіграє важливу роль у спілкуванні людини з владою, особливо в кризові періоди, за потреби привернути увагу до проблем, що хвилюють громадян, а публічна влада їх не розв'язує. Реалізація такого права пов'язана з можливим негативним впливом на громадський порядок, права інших осіб,

які не беруть участі в заході, проте потерпають від незручностей через можливість перешкод у транспортному сполученні, надмірного шуму, загроз безпеки тощо. З метою знаходження балансу між правами тих й інших держава розробляє відповідні акти права й ухвалює нормозастосовчі рішення щодо правил проведення масових заходів. Такі акти, на підставі принципу домірності, можуть установлювати обмеження для учасників заходів і покладати на їхніх організаторів додаткові обов'язки, які мають бути тісно пов'язані з легітимною метою, як-от: завчасне інформування про захід, маршрут руху, кількість учасників тощо. Зі свого боку, органи публічної влади переважно беруть на себе обов'язок забезпечити безпеку як учасників мітингів і демонстрацій, так і пересічних громадян. Розумне збалансування законних, придатних і потрібних у ситуації обмежувальних заходів у підсумку має призвести до безперешкодного забезпечення реалізації права особи на мітинги й демонстрації, з одного боку, та прав інших осіб на безпечний суспільний простір, безперешкодні комунікації тощо – з іншого.

Проте в країнах зі слабкими демократичними традиціями умови проведення масових заходів, як правило, мають дозвільний характер. Сама процедура отримання дозволу складна, залежить від розсуду посадових осіб, а сам дозвіл може містити такі умови, що повністю спотворюють право на демонстрацію. Наприклад, проведення заходу, спрямованого на привернення уваги уряду до якоїсь проблеми, може супроводжувати умова його проведення за межами урядового кварталу або ж взагалі за межами міста. У такому разі принципу домірності не забезпечено, оскільки установлені обмеження задля реалізації права є надмірними та вихолощують саму його сутність. Мета акції нівелюється, суб'єкт, увагу якого слід привернути, стає недо-

сяжним, хоча формально право на проведення демонстрації нібито забезпечено. До таких перебільшених обмежень можна також віднести встановлення обов'язку для організаторів акцій сплачувати за роботу органів правопорядку, комунальних підприємств, або ж компенсувати збитки від зміни графіка руху транспорту тощо.

Надмірно перебільшеним у таких та інших випадках може бути не тільки спосіб досягнення легітимної мети, а й сама мета. У випадку з масовими заходами Конституція України дозволила обмеження судом права на збори, мітинги й демонстрації в інтересах національної безпеки та громадського порядку – з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей. На практиці траплялися непоодинокі випадки, коли суди ухвалювали рішення щодо заборони проведення масових заходів, посилаючись на припущення, що лише завдяки забороні можливо відвернути масові заворушення тощо. Проте жодних доказів, котрі свідчили б, що загроза заворушень, злочинів або настання інших негативних наслідків є дійсною, реальною та такою, що їй неможливо запобігти за допомогою заходів забезпечення правопорядку, суди не наводили. У цьому разі перебільшена мета (за відсутності реальної загрози правам інших осіб) стає підставою встановлення такого заходу обмеження права (тут – заборони), якому бракує домірності.

5. Заборона формалізму

Чи є доречними випадки обмеження прав людини в кожній конкретній ситуації?

Якою мірою вони враховують фактичні обставини кожної ситуації?

Чи не спричиняє закон, що установлює обмеження прав людини, виникнення юридичних колізій, прогалин, наслідком чого може бути невизначеність у застосуванні його приписів?

Чи не створює нормативний акт ситуацію неоднозначного застосування випадків обмеження або їх широкого трактування (незакритого переліку, застосування слів і виразів «тощо», «та ін.»), що може бути приводом для зловживань суб'єктами владних повноважень?

Чи не призводить нормативний акт до виникнення дискреційних повноважень у посадових осіб?

Чи узгоджується принцип домірності з принципом юридичної визначеності?

Якою мірою доступно та однозначно викладено приписи закону, що установлюють випадки обмежень прав людини?

Чи є судова практика застосування приписів нормативного акта, які встановлюють обмеження прав людини?

Чи узгоджується вона з практикою ЄСПЛ, інших міжнародних судів (установ) щодо застосування принципу домірності?

Як часто національні судові органи застосовують у своїй практиці принцип домірності?

Коментар

Цей підрозділ присвячено питанням, відповіді на які дозволяють з'ясувати стан дотримання ще однієї з вимог принципу домірності, а саме заборони формалізму. Питання доречності застосування принципу домірності до тієї чи іншої ситуації, вибору тих чи інших способів його реалізації тісно пов'язане з недопустимістю формального ставлення до прав людини.

Насамперед, це стосується потреби порівнювати права, які апріорі вважаються однаковими для всіх, проте в конкретних ситу-

аціях, враховуючи різноманітні чинники й обставини, одні можуть мати перевагу над іншими. Наприклад, право людини на збереження здоров'я в певній ситуації буде мати перевагу над правом іншої людини займатися підприємницькою діяльністю.

Так само порівняння прав та інтересів має відбуватися й у вертикальній площині взаємовідносин людини з суспільством і державою. Сучасне право демократичних країн не визнає заздалегідь установленого пріоритету публічних інтересів відносно приватних. Нині людину не розглядають як гвинтик державного механізму. При цьому вона не є ізольованою від суспільства та держави. Людина й держава є взаємопов'язаними між собою, мають взаємні права (у держави – повноваження) та існують у взаємозалежності. Повсякденне життя людини, реалізація прав, задоволення потреб та інтересів відбувається не тільки у взаємодії з іншими людьми, а й у взаємодії з публічними інституціями, призначеними забезпечувати й охороняти права, інтереси як окремої людини, так і всього суспільства та держави загалом. Відповідно, людина не може ігнорувати наявність окремого публічного інтересу. Як наслідок такого стану речей, є випадки, коли задля захисту публічного інтересу приватні права може бути обмежено. Щоб визначити наявність такої ситуації, також слід застосовувати метод порівняння, знаходити розумні аргументи щодо пріоритетності публічного інтересу відносно приватного або ж навпаки.

Крім того, у питанні заборони формалізму відповідно до практики ЄСПЛ сформульовано вимогу до держави не лише утримуватися від надмірного втручання, а й покладено на державу обов'язок захищати особисту автономію особи від її власних дій.

Принцип домірності, крім зазначеного порівняння, передбачає низку інших вимог, у разі задоволення яких вважається, що його досягнуто на практиці. Насамперед, як уже зазначалося, це стосу-

ється: законності (або ж легітимності обмеження прав), наявності істотної мети обмеження, належного їй засобу досягнення та домірності завданої обмеженням шкоди. Права людини не може бути обмежено, якщо таке обмеження не встановлено конституцією або законом. Крім того, установлене обмеження має бути спрямовано на досягнення істотної мети. Тобто мета обмеження має базуватися на достатніх підставах, як-от: соціальна справедливість, значна суспільна користь чи потреба, безпека суспільства тощо. Але якою значущою не була б мета обмежень прав людини, вона ніяк не може бути виправданням для обраного засобу досягнення мети. Засіб обмеження має бути також належним і потрібним для конкретної ситуації. Він має забезпечувати досягнення мети в спосіб, що є найменш обтяжливим для прав інших осіб. Інакше кажучи, шкода, що їй може бути завдано правам людини, має бути меншою, ніж користь від такого обмеження.

Крім того, факт унормування принципу домірності, якщо його не підкріплено відповідною нормозастосовчою, зокрема судовою, практикою, свідчить про формальний підхід публічної влади до зазначеного принципу. До того ж виявом такого формального підходу може бути й сама судова практика, за якої мотивувальна частина судового рішення хоча й містить посилення на принцип домірності та його вимоги, проте це ніяк не впливає на суть уваленого рішення. Так само це стосується формального тлумачення й застосування принципу домірності та його елементів судами, яке може явно суперечити наявній практиці вирішення однорідних справ Європейським судом із прав людини або іншими міжнародними судами.

ЗАПОБІГАННЯ ЗЛОВЖИВАННЮ ПОВНОВАЖЕННЯМИ

Запобігання зловживанню повноваженнями як складник верховенства права (правовладдя) передбачає здійснення повноважень у спосіб, що унеможлиблює несправедливі, необґрунтовані, нерозумні або деспотичні рішення. Основною формою запобігання зловживанню повноваженнями є обмеження дискреційних повноважень органу публічної влади. Дискреційні повноваження – це можливість ухвалення рішень державними органами й посадовими особами на власний розсуд в межах закону та з дотриманням відповідних вимог. Як складова верховенства права вони вимагають насамперед, щоб діяльність органів державної влади, включаючи парламент, було підпорядковано утвердженню й забезпеченню прав і свобод людини. Саме вони та їх гарантії відповідно до статті 3 Конституції України визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

Невід’ємні, невідчужувані права і свободи людини стоять на перешкоді волюнтаризму не тільки органів виконавчої та судової влади, а й парламенту, визначаючи межі його розсуду при ухваленні законів.

Фундаментальні права і свободи сформульовано в Конституції досить загально. Абсолютна більшість із них вимагає конкретизації в поточному законодавстві, без чого відповідні конституційні приписи можуть залишатися декларацією. Відповідно до вимог верховенства права (правовладдя) всі права мають визначати виключно Конституція та закон, а не підзаконні акти органів виконавчої влади. Це, звісно, не позбавляє такі органи певних дискреційних повноважень при ухваленні ними управлінських рішень. Проте межі й характер таких повноважень має установлювати так само закон.

Органи державної влади, органи місцевого самоврядування та їх посадові особи зобов'язані діяти, як зазначалося, лише на підставі та в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (стаття 19 Основного Закону України), тобто за принципом «що не дозволено – заборонено». Посилання посадових осіб на те, що закон такі заборони не передбачає, не може бути взято до уваги, оскільки це безпосередньо суперечить означеному принципу.

Необхідність запобігати зловживанню повноваженнями (обмеження дискреційних повноважень) стосується всіх гілок влади, однак особливого значення набуває для виконавчої влади. Широкі дискреційні повноваження органів виконавчої влади та їх посадових осіб часто призводять до порушень прав і свобод громадян, створюють ґрунт для корупції та інших зловживань. Тому не випадково чіткій визначеності таких повноважень та їх введенню в жорсткі межі закону приділяють значну увагу Європейський суд із прав людини та конституційні суди європейських країн.

Обмеження дискреційних повноважень означає, що будь-якому органу виконавчої влади не лише не можна самому визначати власні повноваження, а й встановлювати їх для підпорядкованих йому органів та їх посадових осіб.

Чи не найактуальнішим у сучасних українських реаліях є зведення до мінімуму дискреційних повноважень державних чиновників у тих сферах, що безпосередньо пов'язані з реалізацією прав і свобод людини і громадянина (використання державної та комунальної власності, надання фінансових пільг і фінансових ресурсів, оподаткування, контроль тощо).

Саме в цих та подібних сферах, як підтверджує практика, спостерігається найбільше зловживань.

З обмеженням дискреційних повноважень є безпосередньо пов'язаною й така вимога верховенства права (правовладдя) в системі виконавчої влади, як наявність досконалих і ефективних процедур у діяльності її органів і посадових осіб, передусім у їх відносинах із громадянами. На відміну від багатьох європейських країн, де існують спеціальні кодифіковані акти, що докладно регламентують такі процедури, в Україні ці процедури залишаються чи не найменш урегульованими.

1. Конституційні гарантії обмеження дискреційних повноважень

Чи є юридичні гарантії обмеження дискреційних повноважень органів публічної влади?

Наскільки досконалими є юридичні гарантії обмеження дискреційних повноважень органів публічної влади, закладені в Конституції та законах?

Як послідовно судова практика застосовує такі гарантії?

Чи мають Конституція та закони передбачати обмеження дискреційних повноважень суду?

Чи є межі такого обмеження?

Чи передбачає Конституція юридичні гарантії обмеження дискреційних повноважень парламенту?

Чи є випадки, коли парламент виходить за межі своїх дискреційних повноважень?

Чи є достатніми конституційні гарантії обмеження дискреційних повноважень Президента?

Чи здійснюються дискреційні повноваження Президента відповідно до Конституції та інших складників верховенства права

(правовладдя), зокрема щодо послідовного, однакового й обґрунтованого застосування Конституції?

Чи передбачено Конституцією гарантії обмеження дискреційних повноважень виконавчої влади?

Чи є достатніми конституційні гарантії обмеження дискреційних повноважень виконавчої влади?

Чи є випадки, коли органи виконавчої влади виходять за межі установлених дискреційних повноважень?

Коментар

Як уже зазначено вище, Конституція України в статті 19 установлює спеціально-дозвільний принцип, відповідно до якого органи державної влади, місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, у межах повноважень та в спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Щодо них це означає, що межі розсуду має бути встановлено самою Конституцією або ж законами України.

Норми Конституції не містять безпосередньої вказівки на можливість багатоваріантної поведінки при здійсненні органами публічної влади своїх повноважень. Водночас реалізація окремих із них залежить від оцінювання відповідної потреби їх застосування. Це означає, що Конституція і закон дозволяють органам державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовим особам на власний розсуд обрати певний варіант здійснення таких повноважень. Такі повноваження відносять до дискреційних (свобода розсуду).

Свобода розсуду є потрібною для виконання цілої низки завдань при здійсненні державної влади шляхом урахування всіх обставин при ухваленні відповідних рішень. Конституція і закон не можуть і не мають вичерпно регулювати всі дії органів державної влади,

місцевого самоврядування та їх посадових осіб, тому в потрібних випадках цим органам і особам надають можливість під власну відповідальність і на власний розсуд обирати найкращий варіант своєї поведінки задля досягнення цілей юридичного регулювання. Однак такі дії компетентних органів не має бути вчинено довільно й свавільно, без застосування юридичних гарантій здійснення дискреційних повноважень та цілої низки умов і вимог, що їх має бути при цьому дотримано.

Відтак вимога унормування в юридичний спосіб порядку здійснення (процедури реалізації) та гарантій дискреційних повноважень є відображенням вимог верховенства права (правовладдя), а саме принципів законності, заборони свавілля, що їм підпорядковано здійснення дискреційних повноважень. Питання полягає лише в достатності та ефективній дії відповідних гарантій.

Щодо найвищих органів державної влади, зокрема Верховної Ради України і Президента України, то їхні дискреційні повноваження, як і всі інші, визначено виключно Конституцією України. Прикладом дискреційного повноваження Президента України є його право протягом п'ятнадцяти днів підписати закон та офіційно оприлюднити його або ж повернути зі своїми вмотивовано сформульованими пропозиціями до Верховної Ради України для повторного розгляду відповідно до статті 94 Конституції України. Застосування вето або відмова від цього є виключним правом Президента як глави держави. Іншим прикладом є повноваження Президента України ухвалити в разі потреби рішення про запровадження в Україні або в окремих її місцевостях надзвичайного стану відповідно до пункту 21 частини першої статті 106 Конституції України. Те ж саме стосується і Верховної Ради України, частина з повноважень якої, установлених статтею 85 Конституції України, за своїм характером є дискреційними та можуть

бути використані нею на власний розсуд (наприклад, схвалення рішення щодо надання військової допомоги іншим державам або відмова в цьому).

Конституція не містить безпосередніх вимог щодо здійснення дискреційних повноважень. Водночас усі загальні принципи організації влади та здійснення повноважень мають значення, їх як загальні гарантії має бути враховано при використанні дискреційних повноважень. Зокрема, однією з таких гарантій та одним із таких принципів є принцип здійснення державної влади на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу і судову, що передбачає невтручання одних органів у повноваження інших, що має механізми конституційного захисту. Наприклад, право Верховної Ради України ухвалити закон стосовно будь-якого важливого питання суспільного життя відповідно до статті 92 Конституції України може бути реалізовано лише за умови непорушення компетенції Президента України та інших органів державної влади. У разі виходу Верховною Радою України за межі своїх повноважень це питання має розв'язати Конституційний Суд України. Більшість конкретних вимог щодо здійснення дискреційних повноважень визначають закони або ж правнича доктрина чи нормозастосовча практика, про що йтиметься далі.

2. Законодавчі механізми обмеження дискреційних повноважень та запобігання зловживанню ними

Чи є випадки здійснення дискреційних повноважень органами публічної влади, пов'язані з ухваленням нерозумних або таких, що порушують свободу особи, рішень?

Чи в потрібному обсязі закон визначає здійснення дискреційних повноважень парламентом?

Чи є наявною система повної відкритості парламентської інформації?

Чи є наявними й задовільними чіткі законодавчі обмеження дискреційних повноважень органів виконавчої влади в адміністративній діяльності?

Чи є наявною система повної відкритості інформації щодо здійснення повноважень Президентом?

Чи є наявною система повної відкритості інформації щодо здійснення повноважень урядом?

Чи є наявною система повної відкритості інформації щодо здійснення повноважень органами виконавчої влади?

Коментар

В основу вибору своїх дій при ухваленні конкретних рішень у межах своєї компетенції органи виконавчої влади та їх посадові особи мають класти конституційні принципи в їх певному співвідношенні, підпорядкованості, з-поміж яких є принцип верховенства права (правовладдя), зокрема такі важливі його складники й вимоги, як дотримання прав і свобод людини, законність, недискримінація та рівність перед законом, доступ до правосуддя, юридична визначеність, принцип поділу влади, розумність, домірність, дотримання норм міжнародного права тощо. З огляду на пряму дію норм Конституції України це уможливорює їх ефективний безпосередній регулятивний вплив на суспільні відносини. Незастосування або порушення таких принципів і вимог, ігнорування ними нівелює юридичне значення Конституції, робить її фіктивною, призводить до викривленого застосування дискреційних повноважень, завдає шкоди інтересам особи, охоронюваним законом.

Водночас конституційне регулювання здійснення дискреційних повноважень органами державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовими особами, як уже зазначалося, має бути

доповнено й деталізовано на рівні звичайного закону. Національна юридична система має передбачати повний та ефективний інструментарій засобів юридичного захисту від довільного й свавільного втручання органів державної влади в права людини і громадянина або компетенцію інших органів державної влади, дотримання ними своїх повноважень, унеможливити ухвалення нерозумних або таких, що порушують свободу особи, рішень.

Ідеться про врегулювання дискреційних повноважень органами державної влади, оскільки, як уже зазначалося, дискреційні повноваження парламенту й Президента України врегульовано Конституцією України (винятком є врегулювання порядку здійснення дискреційних повноважень Верховною Радою України, який передбачено Законом України «Про Регламент Верховної Ради України» та законами, що визначають порядок здійснення повноважень народними депутатами України, комітетами парламенту та іншими утворюваними Верховною Радою України органами).

Закони мають визначати з достатньою повнотою обсяг дискреційних повноважень органів державної виконавчої влади, оскільки будь-яка юридична невизначеність може призвести до порушення принципу верховенства права (правовладдя), порушення прав особи, спотворити суть права.

Рівнем докладного визначення умов і гарантій здійснення дискреційних повноважень, зокрема органами виконавчої влади, є чинні закони України. Однак і вони не врегульовують вичерпно питання умов, порядку й усіх можливих гарантій здійснення дискреційних повноважень, залишаючи чимало істотних і важливих питань для їх з'ясування нормозастосовчою практикою та правничою доктриною.

Згідно з Рекомендацією Комітету міністрів Ради Європи № R(80)2 щодо здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, що її ухвалив цей орган 11 березня 1980 р. на 316-му засіданні, дискреційні повноваження є можли-

вістю адміністративного органу ухвалювати рішення з певною свободою розсуду, тобто обирати з кількох юридично допустимих рішень те, яке вважається кращим за конкретних обставин, причому кожна з таких альтернатив є правомірною (*постанова Верховного Суду України від 27.02.2018 у справі №816/591/15-а*).

Юридична теорія та юридична практика виробили низку вимог щодо здійснення дискреційних повноважень, з-поміж яких таке: вимога до суб'єкта владних повноважень використовувати дискреційні повноваження з тією метою, з якою воно було надано, ураховуючи принципи об'єктивності, неупередженості, дотримання потрібного балансу між несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи та цілями, на досягнення яких ухвалюється відповідне рішення, розсудливості, своєчасності (тобто протягом розумного строку), відповідно до меж і характеру здійснення відповідних дискреційних повноважень, що їх надано органам державної влади; рівності перед законом; відповідності характеру контролю та повноважень контрольних органів; відкритості інформації. Законодавство також має передбачати чіткий і адекватний захист від довільного втручання у здійснення підприємницької діяльності.

3. Судовий контроль за здійсненням дискреційних повноважень органами публічної влади

Чи передбачено судовий контроль за здійсненням дискреційних повноважень органами публічної влади та їх посадовими особами?

Чи є підставою для судового оскарження рішень органів публічної влади та їх посадових осіб недостатня обґрунтованість застосованих ними дискреційних повноважень?

Чи є наявним контроль Конституційного Суду за здійсненням дискреційних повноважень парламентом?

Чи є ефективним контроль Конституційного Суду за здійсненням дискреційних повноважень парламентом?

Чи є наявним контроль Конституційного Суду за здійсненням дискреційних повноважень іншими органами публічної влади?

Чи є наявним контроль Конституційного Суду за здійсненням дискреційних повноважень Президентом?

Чи є ефективним контроль Конституційного Суду за здійсненням дискреційних повноважень Президентом?

Чи є наявним контроль Конституційного Суду за здійсненням дискреційних повноважень іншими органами публічної влади?

Чи є ефективним контроль Конституційного Суду за здійсненням дискреційних повноважень іншими органами публічної влади?

Чи є наявним контроль адміністративних судів за здійсненням дискреційних повноважень органами публічної влади?

Чи є ефективним контроль адміністративних судів за здійсненням дискреційних повноважень органами публічної влади?

Коментар

На належну реалізацію дискреційних повноважень у рамках права спрямовано всю систему конституційних гарантій. Відповідно до цієї системи гарантій мають діяти всі органи публічної влади та юридичні інститути держави.

З огляду на те, що використання дискреційних повноважень пов'язане з обранням альтернативних рішень, тобто є оцінною діяльністю, процес ухвалення відповідних рішень потребує особливо-го, неупередженого й ефективного контролю. Однією з найефективніших форм такого контролю в цивілізованому суспільстві є судовий контроль, що його здійснює незалежний суд. Суди несуть головне навантаження у справі захисту прав людини і громадянина від їх порушень органами публічної влади, що здійснюють дискреційні по-

вноваження. Тому ефективна захисна діяльність органів правосуддя є надзвичайно важливою для держави, суспільства й окремої особи. Вона визначає рівень юридичного захисту прав і свобод людини і громадянина при реалізації органами влади своїх дискреційних повноважень як однієї з важливих ознак належного судочинства.

Статтею 55 Конституції України кожній особі гарантовано право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових та службових осіб.

Кожна з ланок судової влади має окрему компетенцію щодо здійснення контролю за дотриманням Конституції та законів України при використанні відповідними органами публічної влади своїх дискреційних повноважень.

Конституційний Суд України покликано здійснювати конституційний контроль за актами Верховної Ради України, Президента України, Кабінету Міністрів України, розв'язуючи питання про відповідність Конституції України законів України та в передбачених Конституцією України випадках інших актів. До його повноважень належить також здійснення офіційного тлумачення Конституції України.

Система адміністративних судів, з-поміж інших своїх функцій, має справедливо, безсторонньо, неупереджено та своєчасно вирішувати спори у сфері публічних правовідносин з метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів осіб від порушень суб'єктами владних відносин з питань дискреційних повноважень.

Адміністративним судам є підсудними адміністративні справи щодо законності, тобто відповідності законам та актам права вищої юридичної сили (крім конституційності) постанов і розпоряджень Кабінету Міністрів України, постанов Верховної Ради Автономної Республіки Крим, міністерств, інших центральних органів виконавчої влади, Ради міністрів Автономної Республіки Крим, місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень. Право оскаржити нормативний

акт мають особи, щодо яких його застосовано, а також особи, які є суб'єктами правовідносин, що у них буде застосовано цей акт.

Згідно зі статтею 2 Кодексу адміністративного судочинства України, завданням адміністративного судочинства є справедливе, неупереджене та своєчасне вирішення судом спорів у сфері публічних правовідносин із метою ефективного захисту прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від їх порушень суб'єктами владних повноважень. До критеріїв судового контролю за здійсненням дискреційних повноважень Кодекс адміністративного судочинства України відносить, зокрема, відповідність ухваленого акта меті, з якою дискреційне повноваження надано, повноваженням та способу реалізації таких повноважень, обґрунтованість (урахування усіх обставин, що мають значення для ухвалення рішення), безсторонність, добросовісність, розсудливість, дотримання принципу рівності перед законом та недопущення дискримінації, домірність (з дотриманням належного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи й цілями, на досягнення яких спрямовано таке рішення), своєчасність ухвалення, тобто ухвалення протягом розумного строку (найкоротший строк розгляду й вирішення адміністративної справи, достатній для надання своєчасного, без невинуватих зволікань, судового захисту порушених прав, свобод та інтересів у публічних правовідносинах). Суд може зупинити дію нормативного акта, визнати нормативний акт протиправним (незаконним або таким, що не відповідає акту права вищої юридичної сили) та нечинним повністю або в окремії його частині (стаття 264 Кодексу адміністративного судочинства України).

4. Покарання за зловживання повноваженнями

Чи є наявними законодавчі засоби й способи запобігання зловживанню повноваженнями?

Чи є достатніми й ефективними законодавчі засоби й способи запобігання зловживанню повноваженнями?

Чи своєчасно органи публічної влади й посадові особи реагують на зловживання повноваженнями?

Чи є можливим судове оскарження зловживання повноваженнями парламентом?

Чи є доступними й зрозумілими механізми судового оскарження зловживання повноваженнями парламентом?

Чи є можливим судове оскарження зловживання повноваженнями Президентом?

Чи є доступними й зрозумілими механізми судового оскарження зловживання повноваженнями Президентом?

Чи є можливим оскарження зловживання повноваженнями органами виконавчої влади та їх посадовими особами?

Чи є доступними й зрозумілими механізми оскарження зловживання повноваженнями органами виконавчої влади та їх посадовими особами?

Чи виконується принцип невідворотності покарання за зловживання повноваженнями органами виконавчої влади та посадовими особами?

Чи є можливим оскарження зловживання повноваженнями судді?

Чи є доступними й зрозумілими механізми оскарження зловживання повноваженнями суддями і чи виконується принцип невідворотності покарання за зловживання повноваженнями суддями?

Коментар

Наявність механізмів притягнення до відповідальності за зловживання дискреційними повноваженнями є завершальним невідмінним елементом в юридичній конструкції здійснення дискреційних повноважень. З цією метою **закон має забезпечувати** зро-

зумілу та ефективну систему судового, адміністративного або інші форми контролю позасудового характеру (зокрема, омбудсмена) за-для унеможливлення зловживання повноваженнями окремими органами публічної влади, посадовими й службовими особами. Вона має давати можливість звертатись до визначених законом органів, компетентних розглядати зазначені питання, оскаржувати відповідні протиправні дії та вимагати притягнення до відповідальності посадових осіб, які зловживають дискреційними повноваженнями.

Конституція та чинне законодавство надають також можливість судового оскарження зловживання повноваженнями будь-яким органом державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовими особами (це стосується Верховної Ради України, Президента України та Кабінету Міністрів України, усіх органів виконавчої влади та їх посадових осіб, працівників прокуратури та суду тощо). Кодекс адміністративного судочинства України в статті 266 установлює загальний порядок провадження в справах щодо оскарження актів, дій чи бездіяльності Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів тощо. За наслідками розгляду адміністративних справ суд може визнати акт Верховної Ради України, Президента України, Вищої ради правосуддя, Вищої кваліфікаційної комісії суддів України, Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії прокурорів тощо протиправним та нечинним повністю або в окремій його частині; визнати дії чи бездіяльність цих органів протиправними та зобов'язати вчинити певні дії, застосувати інші наслідки протиправності таких рішень (наприклад, установити наявність або брак повноважень суб'єкта владних повноважень; застосувати стягнення з відповідача-суб'єкта владних повноважень коштів на відшкодування шкоди, заподіяної його протиправними рішеннями, дією або бездіяльністю, визначити інший спосіб захисту прав, свобод, інтер-

есів людини і громадянина, інших суб'єктів у сфері публічних правовідносин від порушень суб'єктами владних повноважень, який не суперечить закону й забезпечує ефективний захист таких прав, свобод та інтересів.

Законодавство України окреслює також адміністративну й кримінальну відповідальність у разі вчинення правопорушень при використанні дискреційних повноважень, підходячи диференційовано до визначення санкцій, зокрема кримінальних, за зловживання повноваженнями залежно від суб'єктів, які вчинили таке зловживання.

Щодо Президента України, то його може бути притягнуто до відповідальності в період перебування на посаді лише в порядку імпичменту та лише за вчинення державної зради або іншого злочину (стаття 11 Конституції України).

Неправомірне використання дискреційних повноважень може містити ознаки посадових злочинів (зокрема, зловживання службовим становищем, перевищення влади або службових повноважень, корупції тощо).

Законодавство визначає також можливості оскарження зловживання повноваженнями суддями, доступність і зрозумілість процедури такого оскарження, можливість притягнення судді за неодноразове порушення закону при ухваленні рішень або за завідомо незаконне рішення до відповідальності, що є однією з гарантій захисту особи від свавілля суду в демократичному суспільстві.

Система запобігання зловживанню дискреційними повноваженнями має ефективно діяти на практиці, не бути декларативною, передбачати досягнення стану невідворотності покарання за протиправне використання дискреційних повноважень. Уникнення від відповідальності за протиправні дії чи брак реагування на зловживання повноваженнями з боку будь-яких органів свідчать про відступ від вимог-стандартів принципу верховенства права (правовладдя).

ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ

Відповідно до частини другої статті 3 Конституції України, «Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження і забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави». Однією з гарантій забезпечення прав і свобод людини, яка покладає на державу відповідні зобов'язання, є практична реалізація права на доступ до правосуддя.

Частина перша статті 55 Конституції України містить загальну норму, яка визначає право кожного звернутися до суду, якщо його права чи свободи порушено, створено перешкоди для їх реалізації або має місце інший утиск прав і свобод. Зазначена норма зобов'язує суди приймати заяви до розгляду навіть у випадку, якщо в законі немає спеціального припису стосовно судового захисту.

Відмова суду в прийнятті позовних та інших заяв або скарг, що відповідають установленим законом вимогам, є порушенням права на судовий захист, яке, відповідно до статті 64 Конституції України, не може бути обмежено навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану.

У демократичному суспільстві саме суду належить визначальна роль у захисті прав людини і забезпеченні верховенства права. І це цілком логічно. Адже саме суд ставить «останню крапку» в пошуку й утвердженні права при розв'язанні конкретних справ, саме він уособлює (чи, принаймні, має уособлювати) безсторонність, неупередженість і справедливість. Остаточне рішення суду має бути беззаперечно виконане на практиці, що є невід'ємним складником права на доступ до правосуддя. Чим вищий у країні авторитет суду й правосуддя, чим більшу незалежність має суд у взаємовідносинах із законодавчою та виконавчою владами, тим вищий рівень відповідності верховенству

права і демократії самої держави, тим надійніше захищені від можливих посягань права і свободи людини.

Організація та діяльність суду ґрунтуються на низці досить різних за своїм змістом і обсягом принципів. Відправним, визначальним з-поміж них у сучасній державі є принцип незалежності суду й суддів. Він найточніше відображає ідею самостійності судової гілки влади в системі поділу влади.

Незалежність судової влади має кілька аспектів: інституційний, функційний та особистісний (незалежність самих суддів).

Інституційна незалежність судової влади полягає насамперед у тому, що їй довірено суддям – носіям цієї влади, які здійснюють її незалежно від законодавчої та виконавчої гілок влади.

Ніхто, чи то глава держави, прем'єр-міністр, депутат парламенту, член уряду чи будь-яка інша посадова особа, не може втручатися в діяльність суду й суддів при виконанні ними своїх судових функцій.

Істотною гарантією незалежності суду й суддів є наявність демократичної процедури формування суддівського корпусу, що унеможливує вплив на цей процес, а тиск інших гілок влади, соціальних або політичних інститутів – тим більше.

Функційну незалежність суду й суддів визначає насамперед їх безсторонність, тобто право й обов'язок суду й суддів ухвалювати рішення самостійно, неупереджено, тільки на основі Конституції та закону, керуючись принципом верховенства права (правовладдя).

Вагомою гарантією об'єктивного, неупередженого й справедливого здійснення суддею правосуддя є також утілений, переважно на конституційному рівні, принцип суддівського імунітету, який має на меті захистити суддю від можливого зовнішнього незаконного впливу на нього під час здійснення ним своєї професійної діяльності.

Особистісну незалежність судді визначають не лише Конституція та закон, а й особистість самого судді – рівень його компе-

тентності, моральні якості тощо. Вияв цього аспекту суддівської незалежності полягає в наступному:

- суддя має здійснювати правосуддя незалежно від власних політичних поглядів і переконань, які не можна заборонити жодними законами (на відміну від заборони належності до політичних партій);
- підкорення судді закону, ухваленому відповідно до демократичної процедури, не означає формального дотримання його букви, ігнорування загальних принципів права та інших його цінностей, відображених у Конституції, актах міжнародного права та міжнародній судовій практиці, тобто передбачає наявність у судді широкого юридичного світогляду;
- для судді є обов'язковим аргументувати ухвалене ним рішення приписами закону, загальними принципами права, іншими його цінностями та звіряти рішення з відповідною усталеною судовою практикою;
- надмірна «нестандартність» судді при ухваленні власних рішень може призводити до порушення одного з важливих принципів судочинства, згідно з яким для однакових справ доконечним є ухвалення однакових рішень, що є неодмінною умовою єдності судової практики й ефективності судочинства;
- будь-яку свою участь у позасудовій професійній юридичній діяльності, зокрема в різних експертних установах та інститутах, суддя має оцінювати так, щоб це не суперечило незалежному виконанню головної судової функції – здійсненню об'єктивного, неупередженого й справедливого правосуддя.

Сказане свідчить про те, що *незалежність суду й суддів* означають не лише досконалість законодавчої бази, яка відповідає сучасним загальносвітовим та європейським цінностям і стандартам, що на них базується судоустрій і судочинство, а й ступінь роз-

виненості громадянського суспільства, рівень правничої культури в представників законодавчої та виконавчої влади і самого суддівського корпусу.

1. Конституційні гарантії судівництва

Чи відповідає нормативний акт принципам організації судової влади?

Чи забезпечує нормативний акт об'єктивність процедури утворення суддів?

Чи забезпечує нормативний акт об'єктивність процедури призначення суддів?

Чи визначено об'єктивні критерії призначення суддів юридично?

Чи забезпечує нормативний акт участь громадян у здійсненні правосуддя?

Чи не створює нормативний акт умови для порушення принципу безсторонності судочинства?

Чи пов'язані підстави притягнення судді до дисциплінарної або кримінальної відповідальності з серйозними порушеннями?

Чи передбачено попередню згоду органу суддівського самоврядування на притягнення судді до кримінальної відповідальності?

Чи є підстави для усунення з посади судді виключними?

Чи забезпечено незалежну діяльність Ради правосуддя?

Коментар

Наявність суду є одним із основних критеріїв існування демократичної держави, оскільки судова гілка влади в класичній системі стримувань і противаг є чи не найвідповідальнішою за утвердження принципу верховенства права (правовладдя) й забез-

печення прав та свобод людини. Вона часто для людей є останньою інстанцією, до якої вони можуть звертатися з метою встановлення справедливості. Саме тому суд має бути доступним для громадян та інших людей, які законно перебувають на території держави, і вони мають обґрунтоване право сподіватися на те, що суд захистить їх від неправомірних посягань будь-яких суб'єктів. Щоб функція судів у державі була дієвою, вони мають бути дійсно незалежними, об'єктивними, неупередженими, компетентними та не зазнавати фінансових і якихось інших матеріальних труднощів. Дуже багато додасть судовій гілці влади її укомплектування людьми, які, окрім наведених вище критеріїв, матимуть ще й високі моральні якості.

Водночас фундаментом ефективного функціонування судової системи слід визнати чіткі конституційні гарантії судівництва, які мають створювати неодмінні передумови незалежності суддів, підтримки їхньої діяльності й охорони, а також запобіжники для суддів, що допомагало б їм і стимулювало б їх чесно та професійно здійснювати свою діяльність у сфері правосуддя. Для цього такі конституційні гарантії мають відповідати низці критеріїв, що їх наведено нижче.

Так, насамперед слід з'ясувати, **чи відповідає нормативний акт принципам організації судової влади**. Такими принципами, на яких базується судівництво всіх цивілізованих держав, з-поміж усієї їх множини, є зокрема: принцип незалежності суду, який передбачає, що суд і судді жодним чином не мають залежати від когось іншого, не мають бути об'єктом чийогось впливу, а також принципи об'єктивності призначення суддів, адекватного матеріального забезпечення судів і суддів. Зазначені принципи мають гарантувати нормальні умови для здійснення правосуддя в державі.

Закон щодо організації судової влади має чітко передбачати **процедуру утворення судів та призначення суддів**. Так, при утворенні судів слід враховувати багато чинників, з-поміж яких – максимальне

забезпечення потреб, прав та інтересів осіб, які звертатимуться до конкретного суду з метою встановлення справедливості. При цьому мають враховуватися такі чинники, як наближеність суду до місця проживання осіб, рід їх занять, їхній статус (фізичні, юридичні особи), кількість потенційних осіб, які звертатимуться до суду, час роботи суду та умови проведення судових засідань, а також доступність самої будівлі суду для людей з різними потребами. Не менш важливими чинниками є кількість суддів, їх компетенція, забезпечення умов праці для них, а також для персоналу, що обслуговуватиме процес здійснення правосуддя. Закон має також передбачати відповідальність за порушення відповідних процедурних норм при створенні суду.

Що ж до призначення суддів, то тут також є низка об'єктивних критеріїв. Суддів слід всебічно перевіряти на предмет їх компетентності, добросовісності, здатності виконувати цю важливу й складну роботу, а також вони мають проходити оцінювання на предмет їхньої попередньої діяльності. До суддів, що вирішують долі людей, має бути висунуто найжорсткіші вимоги в усіх аспектах, оскільки для пересічних громадян саме вони щонайперше уособлюють собою державу та її владу, а отже, до суду має потрапити суддя, щодо якого не буде жодних сумнівів стосовно його компетентності, безсторонності, неупередженості, справедливості та чесності. Закон своїм регулюванням має забезпечувати ці дуже непрості вимоги.

Додатковим критерієм у рамках верховенства права (правовладдя) є **участь громадян у здійсненні правосуддя**. Сама суть судової влади полягає в тому, що, хоч і народ, як правило, безпосередньо її не вибирає, вона діє від його імені, і його представники можуть у ній брати участь. У багатьох державах така участь громадян у здійсненні правосуддя відбувається через суд присяжних. У кожній державі є свої специфічні правила його формування та повноважень. В інших державах замість присяжних діє інститут

народних засідателів, яких залучають до слухання справ поряд із професійними суддями. Незалежно від того, яку систему прийнято в конкретній державі, принцип верховенства права (правовладдя) вимагає, щоб представники народу в тій чи іншій формі брали участь у засіданнях суду та були долучені до процесу здійснення правосуддя, тому закон (нормативний акт) має окреслювати також цей аспект.

Інші аспекти – скажімо, коли **закон (нормативний акт) не врегульовує питання умов забезпечення принципу безсторонності судочинства**, не визначає **серйозних порушень судді, на підставі чого можна притягнути його до кримінальної або адміністративної відповідальності, згоди органу суддівського самоврядування на таке притягнення, виключність підстав для усунення судді з посади** – пов'язані з особою судді. Їх характеризує встановлення чітких рамок, в яких має перебувати будь-який суддя при здійсненні правосуддя. Такі рамки мають бути чітко передбачені законом. З-поміж зазначених вище особливо вирізняється роль органу суддівського самоврядування. Потреба у його створенні є об'єктивною, оскільки судова влада не має інших колегіальних органів, відповідальних за поведінку своїх представників. На відміну від законодавчої влади, яка представлена колегіальним парламентом, судова влада створює органи суддівського самоврядування, які мають бути долучені до окреслених вище процесів та навіть контролювати, щоб усунення судді з посади відбувалося виключно на підставах, передбачених законом. До того ж такі підстави мають бути **виключними**. Що робить ці норми закону максимально дієвими.

Додатково закон має також визначати **незалежну діяльність Ради правосуддя** як органу, що за його допомогою як самі судді, так і представники інших органів влади, можуть впливати на судову гілку влади для відновлення балансу повноважень, якщо той із певних причин буде порушено.

2. Незалежність суду

Чи унеможливує нормативний акт будь-який зовнішній, зокрема політичний, тиск на судівництво?

Чи не впливає нормативний акт на незалежний спосіб призначення судді?

Чи не впливає нормативний акт на зміну граничного строку повноважень судді?

Чи не устанавлює нормативний акт можливість перегляду судового рішення в інший спосіб, ніж перегляд судом вищої інстанції?

Чи не порушує нормативний акт чітко визначених умов компетенції суду/судді?

Чи здійснюється розподіл справ між суддями на основі об'єктивних і прозорих критеріїв?

Чи виключено відсторонення судді від ведення справи, окрім випадків відводу й самовідводу?

Чи не перешкоджає функційний імунітет судді застосуванню до нього заходів у разі вчинення ним дисциплінарних проступків?

Чи забезпечено незалежне та легітимне обрання до Ради правосуддя представників суддів, адвокатів, громадськості?

Чи забезпечено достатню й справедливу винагороду судді?

Чи забезпечено законом антикорупційні заходи в системі правосуддя?

Коментар

Незалежність суду є однією з найважливіших (якщо не найважливішою) з його характеристик. Її наявність – це головна передумова існування демократичної держави, що визнає й упроваджує принцип верховенства права (правовладдя). Саме незалежність суду поряд із справедливістю суддів формує в сус-

пільстві довіри до цієї гілки влади. Незалежність суду полягає в наявності системи гарантій судочинства, які унеможливили би вплив на суд як автономну гілку влади, на суддів як носіїв цієї влади та на весь процес здійснення правосуддя з боку будь-яких інших органів влади або інших суб'єктів. Водночас вплив інших органів влади може мати місце, але лише в системі стримувань і противаг та лише у чітко передбачений законом спосіб. З-поміж важливих характеристик незалежності варто відзначити матеріальну.

Суд сам собою не є комерційною організацією і не може заробляти кошти. Відповідно, його має фінансувати виконавча гілка влади за кошторисом, затвердженим законодавчою владою. На цьому етапі дуже часто відбуваються збої у функціонуванні системи стримувань і противаг, які призводять до нівелювання самої цієї системи, ставлячи суди й суддів у фінансову залежність від органів виконавчої та законодавчої влади, а також їх представників. Окрім фінансового аспекту, закон про судоустрій, для того, щоб перебувати в межах верховенства права (правовладдя), має відповідати низці інших критеріїв, зокрема тих, про які йдеться далі.

Він має **унеможлилювати будь-який зовнішній, зокрема політичний, тиск на судівництво**. Щоб виконати це амбітне завдання, закон має створити дієвий механізм способів реакції судової влади на можливі факти здійснення тиску на її представників (суддів) і саму судову владу як таку. Історія створення системи судочинства в інших державах свідчить про те, що важливим її елементом є наявність розвиненого й дієвого громадянського суспільства, яке контролювало б ці процеси зі сторони, а також – високих моральних якостей суддів та інших представників державних органів, які не розглядали б службу на державу (чи то в ролі суддів, чи в ролі інших державних службовців) як засіб задоволення своїх матеріальних потреб, а розглядали б її

як справді службу в межах принципів, на яких ця служба базується.

Незалежність суддів починається вже з моменту їх призначення, а отже, закон (нормативний акт) не може **негативно впливати на незалежний спосіб призначення суддів**. Тобто це означає, що нормативний акт не має установлювати якісь додаткові обмеження або спеціальні процедури призначення суддів, що впливали б на процес у такий спосіб, що у когось з'явився б хоч найменший сумнів у незалежності їх добору або призначення.

Аналогічно попередньому критерію нормативний акт **не має впливати на зміну граничного строку повноважень судді**. Це також означає, що нормативний акт не має установлювати якихось додаткових обмежень для конкретних суддів, що їх уже обрано або призначено на відповідний строк. У межах принципу верховенства права (правовладдя) внесення змін новими актами законодавства до граничного строку повноважень судді не допускається.

Додатковий критерій визначає сам процес здійснення правосуддя, і стосується того, що **нормативний акт не має установлювати перегляд судового рішення інакше, ніж як у спосіб перегляду судом вищої інстанції**. Світовий досвід указує на те, що в системі судочинства визначено стандартний спосіб перегляду судових рішень, який базується на наявності апеляційної та касаційної інстанцій, що покликані забезпечити справедливість і легітимність судових. Це означає, що нормативний акт не має установлювати будь-які інші способи перегляду судових рішень, аніж ті, що їх стандартно встановлено. Не дозволяється створювати додаткові квазісудові органи, які переглядали б ці рішення, обходячи установлену процедуру.

Ще однією вимогою стосовно нормативного акта є **не порушувати умов компетенції суду або судді**. Цей критерій походить із самої сутності системи стримувань і противаг, яка передбачає, що кожна з гілок влади відповідає за свою сферу, отже

ніхто інший не може бути наділений повноваженнями судді, рівно як і йому не можна передавати повноваження інших органів публічної влади.

Не менш важливим критерієм цього принципу є також **здійснення розподілу справ між судьями на основі об'єктивних і прозорих критеріїв**. У державі, що визнає й упроваджує принцип верховенства права (правовладдя), не може бути так, щоб заангажовані службовці суду розподіляли судові справи. Задля цього існує система, на яку не мають впливу ані службовці суду, ані інші судді. Завдання нормативного акта – вписати такий механізм, який передбачав би незалежний і незаангажований автоматизований розподіл судових справ серед суддів конкретного суду.

Наступним критерієм є **виключення можливості відсторонення судді від ведення справи, крім випадків відводу та самовідводу**. Цей критерій передбачає, що не дозволено відсторонювати суддю від розгляду справи, крім випадків, коли сторони заявили йому відвід або він сам заявив самовідвід щодо ведення справи. Інші критерії в такому разі слід розглядати як порушення принципу незалежності суду й принципу верховенства права (правовладдя) загалом.

Аналогічно це стосується випадку, коли **функційний імунітет судді перешкоджає застосуванню до нього заходів у разі вчинення ним дисциплінарних проступків**. Нормативний акт має визначити механізм, який не дозволить суддям посилається на свій імунітет задля запобігання застосуванню до них заходів у разі вчинення дисциплінарних проступків.

Інший критерій стосується **незалежності та легітимності обрання до Ради правосуддя представників суддів, адвокатів, громадськості**. Цей чинник впливає на незалежність суддів і на сприйняття суддівської влади суспільством, а також професійними колами, зокрема адвокатами.

Останнім, але не менш важливим критерієм, є **забезпечення законом антикорупційних заходів у системі правосуддя**. Корупція, поряд із можливою некомпетентністю, є головною проблемою, з якою стикається система правосуддя. Саме тому закон має окреслювати в своїх приписах наявність об'єктивно обумовленого механізму запобігання корупційним проявам у системі правосуддя.

3. *Справедливе судочинство*

Чи забезпечує нормативний акт доступ до судочинства?

Чи забезпечує нормативний акт рівні права в процесі здійснення правосуддя?

Чи забезпечує нормативний акт гласність судового розгляду?

Чи забезпечено змагальність судового процесу?

Чи забезпечує нормативний акт право особи висловити свою позицію (*the right to be heard*)?

Чи забезпечує нормативний акт право на правничу допомогу?

Чи належним чином забезпечує нормативний акт право на захист?

Чи забезпечено можливість відводу судді?

Чи забезпечує нормативний акт розумні строки судового розгляду?

Чи забезпечено право оскарження судових рішень?

Коментар

Справедливість судочинства поряд із його незалежністю вважається чи не найважливішою його характеристикою, оскільки саме

справедливого суду прагнуть пересічні громадяни, і саме через цю призму, насамперед, вони оцінюють якість здійснення правосуддя в державі. Водночас *справедливість* – надто неусталене і нечітке поняття, яке складно визначити конкретно: що в теорії, що й на практиці. Метою справедливості є забезпечити такий стан у суспільстві, коли жоден з його членів не відчував би себе ображеним (суб'єктивна сторона справедливості) і розподіл доступних благ для членів суспільства (як і розподіл обов'язків) було би здійснено з максимальним урахуванням внесків кожного члена суспільства в його діяльність (об'єктивна сторона справедливості). Як зазначалося вище, більш чітке визначення справедливості за допомогою арифметичних методів на теперішньому етапі розвитку технологій залишається нездійсненою справою.

Так, враховуючи сучасні тенденції до автоматизації процесів, до її об'єкту неодноразово пропонувалося долучити й судочинство. Досить чимало аспектів цього процесу вдалося вирішити з допомогою автоматизації, однак донині ще жодній автоматизованій системі не під силу впровадити справедливе вирішення спорів. Приклади автоматизованих систем судочинства, які існують в світі, охоплюють лише арбітражні процеси й стосуються лише найпростіших справ, зокрема тих, де аспект справедливості можна ототожнити з аспектом рівності. Саме тому, щоб забезпечити справедливе судочинство, потрібні люди, які мають життєвий і професійний досвід, а також знають, що таке несправедливість, і саме тому слід зауважити, що справедливість рішення суду базується на критеріях, унікальних для кожної справи, хоча, звісно, це не нівелює вимогу дотримання ще низки інших критеріїв, наведених далі.

Зокрема, щоб судочинство було справедливим, **нормативний акт має забезпечувати до нього доступ**. Це означає, що для осіб

не повинно бути жодних надуманих перепон у доступі до суду. Цей орган має бути відкритим для осіб та їхніх скарг, позовів, оскільки, як уже також зазначалося в попередніх розділах, суд часто є останньою інстанцією, до якої звертається людина після того, як вона не змогла отримати сатисфакції в інших державних органах. Не допускається запровадження особливих судів, до яких не було б доступу для пересічних громадян та які створювали б привілейовані умови для певних категорій населення.

Крім того, справедливість судочинства передбачає **забезпечення рівних прав під час здійснення правосуддя**. Рівність прав означає, насамперед, рівність можливостей для суб'єктів судового процесу в однакових умовах, тобто це означає, що в судовому процесі не повинно бути жодних переваг або привілеїв для його учасників. Саме такий механізм має бути передбачено нормативним актом.

Не менш важливим аспектом справедливого судового процесу є його **змагальність**. Змагальний судовий процес – це той, у якому мало того, що кожна зі сторін має однаковий доступ до суду й рівні права [у процесі] та ще й має всі можливості для того, аби шляхом подання доказів змагатися з іншою стороною (чи сторонами) також переконувати суд та іншу сторону у своїй правоті. Для цього закон має передбачити систему прав і обов'язків сторін, які дозволяли б їм збирати докази та подавати їх на розгляд суду, а також отримати потрібну допомогу з боку суду у витребуванні доказів, якщо в сторін виникатимуть труднощі в самостійному збиранні таких.

Додатковим аспектом справедливого судового процесу є забезпечення законом (нормативним актом) стороні можливості **висловити свою позицію** (*the right to be heard*). Це означає, що навіть за наявності системи письмового провадження або якогось іншого

його типу в справах без виклику сторін, кожній зі сторін належить мати розумну можливість надати свої пояснення й окреслити свою позицію. Це право не обов'язково має бути забезпечено в усній формі, його може бути забезпечено й у письмовій або якійсь іншій формі, однак за своєю суттю право особи, право сторони на висловлення своєї позиції, надання відповідних пояснень, доказів, реакції на позицію іншої сторони має бути забезпечено.

Ще одним важливим правом у контексті принципу справедливості є **право на правничу допомогу**. Воно також є невіддільним правом кожної особи, оскільки ніхто не зобов'язаний мати юридичну освіту, але кожен має право отримати фахову правничу допомогу в своїй справі. Корелюється з цим правом ще й **право на захист**, яке передбачає не лише правничу допомогу, а й повне представництво інтересів особи в суді.

Додатковим аспектом справедливості судового розгляду є **розумність строків судового розгляду**, відповідно до чого судовій системі невільно зволікати з розглядом судової справи довше, ніж це обумовлено об'єктивно потрібним строком, який є розумно обґрунтованим. Порушення цього правила дуже часто є підставою для звернення із заявою проти держави Україна до Європейського суду з прав людини, який неодноразово констатував, що в багатьох державах Європи, зокрема й у нашій, у цьому питанні досі є великі проблеми.

Іншим важливим аспектом справедливості судочинства є **можливість для сторони відвести суддю**. Бувають випадки, коли сторони відчують, що суддя не в змозі об'єктивно, незалежно, безсторонньо й неупереджено розглянути їхню справу, і їм належить можливість заявити про це та викласти свої докази й міркування щодо цього. Таку можливість має бути передбачено в законі, що регулює питання судочинства.

Ще одним, чи не найважливішим, є **право на оскарження судових рішень**. Це право є засадничим у системі судочинства і надає стороні можливість звернутися з питанням про перегляд рішення до суду вищої інстанції, який має повноваження касувати рішення суду нижчої ланки. У такий спосіб забезпечується справедливість, оскільки є можливість скасувати або переглянути несправедливе рішення.

4. Судовий конституційний контроль

Чи забезпечено об'єктивні й незалежні процедури обрання/призначення суддів Конституційного Суду?

Чи забезпечено критерії добору суддів з погляду їх незалежності, фаховості й компетентності?

Чи забезпечено організаційно-фінансові гарантії функціонування Конституційного Суду?

Чи забезпечено гарантії незалежності судді Конституційного Суду, зокрема в питанні притягнення до відповідальності?

Чи врегульовано підстави й перелік осіб, що мають право звернення до Конституційного Суду?

Чи забезпечено принципи конституційного контролю, а саме: верховенство права (правовладдя), незалежність, колегіальність, гласність, обґрунтованість і обов'язковість ухвалених органом конституційного контролю рішень і висновків?

Чи немає перешкод для реалізації фізичною особою права звернутися до Конституційного Суду для захисту своїх прав?

Чи переглядають органи державної влади свої нормативні акти, ураховуючи аргументи й рішення Конституційного Суду?

Чи усуває парламент прогалини та колізії, що їх виявив Конституційний Суд?

Чи переглядають суди загальної юрисдикції свої рішення з урахуванням юридичних позицій Конституційного Суду?

Коментар

Конституційний контроль було запроваджено в європейських державах для того, щоб у системі влади був незалежний арбітр, головним завданням якого була б перевірка актів законодавчої та виконавчої влади на предмет їх конституційності (відповідності Конституції), а також тлумачення Конституції [та інших актів законодавства]. У різних державах модель роботи конституційного суду дещо різниться. Однак для забезпечення ефективного конституційного контролю в межах верховенства права (правовладдя) має бути його відповідність критеріям, що їх наведено нижче.

Зокрема, закон (нормативний акт) має визначати **об'єктивні та незалежні процедури обрання/призначення суддів Конституційного Суду**. Це означає, що до складу суддів Конституційного Суду не повинні потрапляти люди за чиясь протекцією, що є залежними від когось або такі, що є некомпетентними в справах конституційної юрисдикції.

Додатково забезпечення конституційного контролю вимагає від нормативного акта, яким його запроваджено та який його регулює, **забезпеченості критеріїв відбору й добору суддів (незалежність, фаховість, компетентність)**. Як уже зазначалося вище, суддя Конституційного Суду має бути незалежним від будь-кого, фаховим, тобто мати відповідний рівень освіти й досвіду, а також компетентним, тобто бути здатним розглядати справи конституційної юрисдикції, а для цього він повинен мати не просто юридичний, а й фаховий досвід у ділянці конституційного права, а також широкий світогляд, який дозволить йому не просто розв'язувати справи, а й передбачати наперед наслідки своїх рішень.

Не менш важливим критерієм забезпечення конституційного судочинства є **забезпеченість організаційно-фінансових гарантій функціонування Конституційного Суду**. Ця вимога виглядає абсолютно органічно з-поміж інших вимог такого характеру. Жодна система не зможе ефективно працювати, якщо вона не матиме хорошої організації та адекватного функціонування. Закон (нормативний акт) має передбачити відповідний механізм, який забезпечував би ці гарантії.

Наступний аспект – **забезпечення гарантії незалежності судді Конституційного Суду, зокрема в питанні притягнення його до відповідальності**. Відповідальність судді Конституційного Суду є важливим аспектом його діяльності, оскільки суддя є відповідальним за важливі рішення, від яких залежить доля багатьох людей – часто всієї країни. Через те закон (нормативний акт) має визначати таку систему відповідальності судді за ухвалені рішення, яка не містила б такого, що впливало б на незалежність цієї посадової особи, однак водночас містила б чіткі критерії, процедуру відповідальності та гарантії невідворотності покарання в разі, якщо порушення буде об'єктивно доведено.

Ще одним важливим аспектом конституційної юрисдикції є її відкритість, тобто **забезпечення законом підстав і переліку осіб, які мають право звернення до Конституційного Суду**. Оскільки Конституційний Суд розв'язує лише найважливіші справи, йому не належить витратити свій час і ресурси на розгляд дріб'язкових питань. Через це закон (нормативний акт) має встановлювати чіткий перелік осіб, що мають право на звернення до Конституційного Суду, а також чіткий перелік підстав такого звернення, покликаний забезпечити, щоб суд розглядав лише найважливіші суспільно значущі справи.

Крім того, закон (нормативний акт) має забезпечити **принципи конституційного контролю (верховенство права/**

правовладдя, незалежність, колегіальність, гласність, обґрунтованість і обов'язковість ухвалених Конституційним Судом рішень і висновків). Наведені принципи є основою для будь-якого судового контролю, однак, оскільки конституційний контроль стосується найважливіших аспектів діяльності держави й життя суспільства, то в цьому випадку вони відіграють особливо важливу роль.

Ще одним аспектом конституційного контролю є **безперешкодність реалізації фізичною особою права звернутися до Конституційного Суду для захисту своїх прав.** Цей аспект співвідноситься з наведеним вище аспектом про забезпечення підстав і переліку осіб, що мають право звернення до Конституційного Суду, однак ці два аспекти не суперечать один одному, оскільки є аспекти, у яких Конституційний Суд має бути максимально відкритою інституцією для пересічної фізичної особи. В Україні, як і в низці інших країн, для цього, наприклад, запроваджено інститут конституційної скарги.

Останніми в переліку (а не за значенням) двома аспектами є **обов'язок органів публічної влади, яких стосувалося рішення Конституційного Суду, переглядати свої рішення, нормативні акти, ураховуючи аргументи, що їх викладено в рішенні Конституційного Суду. Зокрема, це стосується парламенту та судів загальної юрисдикції.** Цей аспект є одним із найважливіших, оскільки він покликаний забезпечити результативність діяльності органу конституційної юрисдикції. Це означає, що, оскільки Конституційний Суд при розгляді певної справи віднайшов певні приписи нормативного акта, які вказують на те, що якийсь із органів державної влади порушив конституційні норми, то таке порушення треба усунути. Понад те, у рішенні Конституційного Суду, як правило, зазначається не тільки, які саме норми конституції порушено,

а і як саме Конституційний Суд рекомендує органам, від яких залежить зміна цих актів, здійснити це. Так само це стосується й судів загальної юрисдикції, яким не можна після винесення рішення Конституційним Судом із конкретного питання розглядати й тлумачити відповідні норми не так, як це зробив Конституційний Суд.

5. Виконуваність судових рішень

Чи належно викладено в законодавстві вимоги щодо ясності, чіткості, зрозумілості судового рішення?

Чи немає перешкод у доступі до судових рішень?

Чи повно та досконало вписано юридичну процедуру примусового виконання рішення?

Чи повно та достатньо вписано процедуру забезпечення (обмеження прав особи) задля виконання судового рішення?

Чи є достатніми організаційна та фінансова спроможність органу, що здійснює примусове виконання судового рішення?

Чи забезпечено альтернативні можливості звернення за примусовим виконанням рішення суду в правовий спосіб?

Чи є дієвою процедура оскарження невиконання судового рішення?

Чи передбачає бюджет держави (місцевий бюджет) видатки на випадок виконання судових рішень або відшкодування за невиконані судові рішення?

Чи достатньою мірою регламентовано та забезпечено функціонування інституту відповідальності за невиконання судового рішення зобов'язаною особою?

Чи є дієвою процедура притягнення до відповідальності держави в разі невиконання судового рішення?

Коментар

Для забезпечення дієвості принципу верховенства права (правовладдя) треба не лише, щоб суд був незалежним, судді – компетентними й чесними, а й також те, щоб судові рішення було виконано. Виконання судового рішення є останнім етапом відносин особи й судової системи – власне, тим, задля чого особа до неї й звертається. Судові рішення, що їх не виконано, нівелюють свою цінність як для людей, так і для системи державної влади, оскільки в такий спосіб утрачається баланс між різними гілками влади. Дві інші гілки влади мають завдання забезпечити не лише адекватні умови діяльності судової влади, а й виконуваність судових рішень. Законодавча влада має передбачити цей механізм у законах, а виконавча влада повинна на практиці забезпечити, щоб винесені судами рішення було виконано. Щоб забезпечити цей аспект, нормативний акт має визначати такі критерії.

По-перше, **вимоги в законодавстві щодо ясності, чіткості й зрозумілості судового рішення** мають бути належно викладеними. Це означає, що судові рішення має бути викладено без жодних завуальованих елементів, себто в такий спосіб, щоб будь-хто був спроможним зрозуміти, що саме вирішив суд, не звертаючись до фахівців, які б мали розтлумачити йому сутність ухваленого рішення. Чіткість же, зі свого боку, означає, що сутність рішення сприймається однозначно, без різночитань. Крім того, поняття чіткості передбачає можливість суб'єкта передбачати результати своїх дій, що є також важливою характеристикою верховенства права (правовладдя).

Крім цього критерію важливим також є **безперешкодний доступ до судових рішень**. Це забезпечується шляхом опублікування судових рішень у друкованій формі, а також у формі електронної бази даних, де містилися б судові рішення. Прикладом такої бази в Україні є Єдиний державний реєстр судових рішень. Судові рішення, що їх ухвалено судами, мають бути доступними для лю-

дей, кому належить мати можливість ознайомитися з тим, що саме суд вирішив у їхній справі, а також у справах інших людей або юридичних осіб.

Наступним критерієм є **повнота та досконалість вписаної юридичної процедури примусового виконання рішення**. Примусове виконання судових рішень є важливим атрибутом судової системи. Для випадку, коли сторона не хоче виконувати судові рішення, у законі має бути вписано процедуру примусового його виконання, яка була б обґрунтованою економічно та законодавчо. Додатково до цього критерію в законі слід також визначити **повноту й достатність вписаної процедури забезпечення (обмеження прав особи) задля виконання судового рішення**, що є частиною попереднього критерію, оскільки без цього сама процедура виконання рішення буде неповною.

Не менш важливим критерієм є й **достатність організаційної та фінансової спроможності органу, що здійснює примусове виконання судового рішення**. Це стосується насамперед системи державних виконавців, яких держава повинна забезпечити так, щоб це відповідало вищенаведеним критеріям. Однак це стосується також нещодавно запровадженого в Україні інституту приватних виконавців, добір яких має здійснюватися, зокрема, з огляду на критерії, що їх наведено вище.

Розвиваючи попередній критерій, варто зазначити, що в законі має бути вписано також **забезпечення альтернативної можливості звернення за примусовим виконанням рішення суду в правовий спосіб**. Цю альтернативну можливість в Україні представляють приватні виконавці. Її було запроваджено, зокрема, і для того, щоб надати громадянам можливість вибору: або звертатися до державних виконавців, які є залежними від держави, або звернутися до приватних виконавців, які не мають такої залежності від держави, як їхні колеги – державні виконавці.

Важливим критерієм також є **дієва процедура оскарження невиконання судового рішення**. Як уже зазначалося в попередніх розділах, сама процедура оскарження судових рішень є важливим елементом сутності верховенства права (правовладдя). Ще більшої важливості вона набуває у випадку оскарження самої процедури невиконання судового рішення, оскільки вона, якщо її не здійснено, не відповідає вимогам принципу верховенства права (правовладдя). Процедура оскарження невиконання судового рішення, щоб бути дієвою, неодмінно має передбачати відповідальність посадових осіб, які мали виконати це рішення, але з певних причин цього не зробили.

Однак, щоб забезпечити дотримання зазначених вище критеріїв, потрібна фінансова підтримка. Отже, важливим аспектом дотримання принципу виконуваності судових рішень є **визначення в бюджеті держави або в місцевому бюджеті видатків на виконання судових рішень або відшкодування за невиконані судові рішення**. Власне, цей аспект є самоочевидним, оскільки сама виконуваність судових рішень вимагає фінансового забезпечення, що його мають визначити державний або місцеві бюджети.

Наступним критерієм є **достатня регламентованість і забезпечення функціонування інституту відповідальності за невиконання судового рішення зобов'язаною особою**. Про схожий аспект уже йшлося вище. Цей критерій базується на тому, що особа, відповідальна за виконання судового рішення, повинна нести відповідальність у тому випадку, якщо його не було належним чином виконано. Утім, процедура притягнення до відповідальності має бути чіткою, обґрунтовано регламентованою й дієвою. Саме такий механізм має бути передбачено у відповідному законі.

І останній критерій – це **дієвість процедури притягнення до відповідальності держави в разі невиконання судового рішення**. Ця процедура відрізняється від процедури притягнення до від-

повідальності посадової особи за невиконання судового рішення тим, що передбачає не покарання, яке характерне у відносинах із фізичними особами (представником держави в цьому випадку), а переважно виплату відшкодування у фінансовій формі, і дієвість цієї процедури, щонайперше, залежить від фінансової спроможності відповідної держави. Проте це залежить також і від інших чинників, як-от: чіткість, зрозумілість виписаної у законодавстві процедури та дієвість державних органів, які повинні забезпечувати функціонування цієї процедури.

ДЛЯ ПОТАТОК