

КОЗЮБРА МИКОЛА ІВАНОВИЧ

*Національний університет «Києво-Могилянська академія»
завідувач кафедри загальнотеоретичних
та державно-правових наук*

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА І УКРАЇНА

Ідеал верховенства права (the Rule of Law)¹ став нині чи не найпопулярнішим у всьому світі. До нього постійно звертаються політичні діячі не лише Заходу, для якого верховенство права традиційно є однією з найвищих демократичних цінностей², а й Сходу (включаючи комуністичний Китай), Півдня і Півночі. Він давно став найважливішою складовою міжнародно-правових актів, особливо присвячених правам і свободам людини і громадянина. Все частіше верховенство права як принцип фіксується у національних конституціях і законах, ним активно оперують міжнародні і національні суди.

¹ Термін «the rule of law», який нині перекладається українською мовою як «верховенство права», ввів у науковий обіг англійський учений і політичний діяч Д. Гаррінгтон 1656 року; англійському вченому-конституціоналісту Альберту Дайсі та його послідовникам належить також оформлення доктрини верховенства права.

² У «Декларації демократичних цінностей», підписаній представниками сімох найпотужніших світових демократій, воно назване першим: «Ми віримо у верховенство права, яке поважає і захищає без страху і упередження права і свободи кожного громадянина та забезпечує основу умов, за яких людський дух має розвиватися вільно і різноманітно» Declaration of Demokratie values. Washington Post. 9 June 1984. А 14. Цит за: Таманага Браян. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – К.: Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2007. – С. 9.

Не залишилася осторонь цієї безпрецедентної підтримки верховенства права й Україна. На його адресу лунають панегірики з вуст державних і політичних діячів України, без нього не обходиться жодна програма численних політичних партій, термін «верховенство права» широко використовується в законодавчій практиці, в рішеннях Конституційного Суду України. Верховенство права стало одним з найактуальніших предметів наукового дискурсу; до його проблем усе частіше звертаються не лише правознавці, а й політологи, філософи, соціологи, представники інших галузей гуманітарного знання.

Одне із провідних місць відведене принципу верховенства права також Конституцією України (ст.8).

Незважаючи на здобуття верховенством права характеру глобального ідеалу, його поняття, на думку багатьох західних правознавців, до цього часу залишається «сутнісно спірним»³. Чи не останньою спробою внести ясність у його визначення став Звіт щодо верховенства права, прийнятий Венеціанською комісією на 86-му пленарному засіданні 25-26 березня 2011 року на основі зауважень її членів П'єтера Ван Дізка (Нідерланди), Грет Халлер (Швейцарія), Джефрі Джоуела (Сполучене Королівство), Каарло Туорі (Фінляндія). Звіт побудований головним чином на аналізі підходів до розуміння верховенства права в міжнародно-правових документах, конституціях та законодавстві низки країн, а також у науковій літературі. Показово, що розділ IV Звіту, присвячений аналізу окремих наукових джерел, має досить промовисту назву «У пошуках визначення»⁴.

Не запропонували якоїсь всеосяжної дефініції й автори Звіту, хоч його задекларованою метою було досягнення «консенсусного визначення (consensual definition)» верховенства права. Тим не менше, висновки, які містяться у ньому, безперечно, сприяють поглибленому осмисленню верховенства права.

³ Waldron J. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida) 21 Law S Philosophi. 137 (2002)

⁴ Звіт щодо верховенства права. Страсбург. 28 березня 2011 року. Unofficial Translation by the USAID Ukraine Rule of Law Project.

Відсутня єдність у його розумінні також і в Україні. Хоч останнім часом спектр думок у підходах до трактування верховенства права у вітчизняному правознавстві дещо звузився (принаймні, ототожнення його з традиційним для нашої теорії і практики принципом верховенства закону чи з верховенством усіх нормативних актів, як це було в 90-х роках минулого століття, нині майже не трапляється), проте загальної згоди щодо його розуміння не досягнуто, навіть попри намагання Конституційного Суду України⁵ роз'яснити поняття верховенства права.

Не подолане повністю як серед юристів-практиків, так і науковців, скептичне ставлення до самого принципу верховенства права. І сьогодні дехто продовжує вважати його політичною декларацією, недієвою доктринальною абстракцією тощо. Інколи необхідність запровадження в Україні принципу верховенства права піддається сумніву через нерозвинутість і несталість у ній демократії⁶.

Не вирішила багатьох питань, пов'язаних із розумінням верховенства права (а в деяких аспектах навіть загострила їх) загалом цікава, хоч і надто полемічно-категорична тритомна праця С. Головатого «Верховенство права»⁷.

Не вдаючись черговий раз до аналізу різноманітних думок і підходів, що стосуються поняття верховенства права, наголошу лише на тому, що надзвичайна складність і багатогранність цього поняття робить безперспективною будь-яку спробу дати якесь універсальне визначення принципу верховенства права, придатне на всі випадки життя. У понятті верховенства права переплітаються правові і політичні, культурні й етичні мотиви, внутрішньодержавні і міжнародні, національні, цивілізаційні

⁵ Конституційний Суд України. Рішення, висновки. – К.: 2005. – С. 314.

⁶ Лобойко Л.М. Верховенство права у сфері кримінального судочинства. Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Проблеми забезпечення прав людини в країні в світлі Загальної декларації прав людини», присвяченої 60-й річниці проголошення Загальної декларації прав людини ООН. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.minjust.gov.ua/udhra/conf-materials-07.html>

⁷ Головатий С. Верховенство права: у 3-х кн. – К., 2006.

і загальнолюдські аспекти, наукова істина і цінності добра і справедливості, досягнення правової теорії і практичний юридичний досвід, правові ідеї і здоровий глузд... Усе це робить цю категорію досить динамічною, що не дозволяє втиснути її в рамки будь-якої юридичної дефініції.

Це підтверджується не тільки західною правовою теорією, про що згадувалося вище, а й юридичною практикою, зокрема практикою Європейського Суду з прав людини, який неодноразово акцентував увагу на ситуативності змістовної інтерпретації поняття верховенства права, традиційно уникаючи такого його дефінування, яке можна було би поширити на всі без винятку життєві обставини⁸.

Це, звичайно, не означає, що більш-менш єдиних уявлень про сутність верховенства права неможливо досягти взагалі. Як свідчить сучасний теоретичний і практичний досвід, найбільш продуктивним для його розуміння є тлумачення верховенства права «як певної суми щільно переплетених між собою принципів, котрі разом творять ядро доктрини конституціоналізму, а відтак є необхідними для будь-якого... демократичного суспільного устрою»⁹.

Через складові – елементи верховенства права – розкривається його зміст у міжнародно-правових документах, зокрема у Резолюції 1594 Парламентської Асамблеї Ради Європи «Принцип верховенства права» (2007 р.), Рішенні Гельсінської Ради Міністрів №7108 «Подальше зміцнення верховенства права у зоні ОБСЄ», Комітету сприяння розвитку ОЕСР «Рівний доступ до правосуддя та верховенство права», а також у згаданому «Звіті щодо верховенства права» Венеціанської комісії.

Складові верховенства права також покладені в основу даного нарису. Проте, перш ніж перейти до їх аналізу, зупинюся на ще одному важливому для розуміння верховенства права та

⁸ Див.: Рабінович П. Верховенство права в інтерпретації Страсбурзького суду та Конституційного Суду України // Українське право. – 2006. – №1. – С. 210-211.

⁹ Аллан Т.Р.С. Конституційна справедливість. Ліберальна теорія верховенства права. – К., 2008. – С. 10.

його співвідношення з іншими сучасними політичними і правовими цінностями питанні, яке має підвищену актуальність для України.

Верховенство права і правова держава. Україна є чи не єдиною державою, в Конституції якої зафіксоване положення не тільки про верховенство права, бастионом якого, як випливає з викладеного, є Великобританія, а й положення про правову державу (ст. 1), яку небезпідставно вважають німецьким винаходом (Rechtsstaat).

Як у західній, так і у вітчизняній літературі думки щодо їх співвідношення розходяться. Одні автори вважають «Rechtsstaat» – правову державу сучасним німецьким варіантом «the Rule of Law» – верховенства права¹⁰; інші – намагаються провести відмінності між ними¹¹, розглядаючи ці поняття як вирази «двох правових традицій – романо-германської та англосаксонської, які не є ні тотожністю, ні частинами одна одної»¹². З'ясування відносин між названими поняттями, очевидно, можливе лише на основі звернення до історії виникнення відповідних концепцій, їхньої соціальної спрямованості, еволюції та розкриття сучасного змісту.

Як свідчить історія становлення та розвитку ідеї верховенства права, вона виникла, а згодом сформувалась у вигляді концепції як реакція на сваволю, деспотію і тиранію з боку монархічних режимів і виступала як протипоказ зловживанням владою, зокрема й за допомогою закону. Історичний досвід переконливо довів, що писаний закон далеко не завжди ставав гарантією від державного свавілля. Тому мета верховенства права – це не просто формальне забезпечення порядку, передбаченого законами та іншими нормативними актами, встановленими державою, а утвердження такого правопорядку, який обмежує абсолютизм

¹⁰ Таманага Браян. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – К., 2007. – С. 125.

¹¹ Див.: Звіт щодо верховенства права. Страсбург. 28 березня 2011 року.

¹² Кампо В.М. Деякі проблеми реалізації принципу верховенства права в практиці конституційної юстиції. Бюлетень VII Зборів Світового конгресу українських юристів. – К., 2010. – С. 25.

державної, передусім виконавчої, влади, ставить її під контроль суспільства, створюючи для цього відповідні правові механізми. Інакше кажучи, навіть бездоганний з точки зору юридичної техніки закон не завжди є панацеєю верховенства права. Звідси випливає перший і загалом нині майже беззаперечний висновок: самостійного значення, відмінного від принципу верховенства закону, принцип верховенства права набуває тоді, коли право розглядається як явище, котре не міститься виключно в законах та інших нормативних актах, тобто коли має місце теоретичне і практичне розрізнення права і закону.

Слід, однак, зазначити, що, на відміну від англо-американської традиції верховенства права, яка фактично ніколи не ототожнювала право і закон, що знаходило своє відображення як у правовій теорії, так і в багатьох судових рішеннях¹³, у континентальній Європі, зокрема в Німеччині, принцип правової держави пройшов складніший шлях.

Доктрина німецької «*Rechtsstaat*», як і англійська концепція «*the Rule of Law*», зароджувалась у загальному руслі становлення і розвитку нового юридичного світогляду, критики феодального свавілля, утвердження ідей гуманізму, принципів свободи і рівності всіх людей, невідчужуваних прав людини, пошуків різних правових засобів і форм, спрямованих проти узурпації публічної політичної влади. Сама назва доктрини «*Rechtsstaat*» свідчить про те, що вона, на відміну від концепції «*the Rule of Law*», зосереджує свою увагу на природі не стільки права, скільки держави, хоч акцент при цьому зміщується з інститутів державної влади на її гуманістичну, людську сутність, можливу лише в умовах свободи громадян. У той час, як верховенство права виростає зі звичаєвого, твореного суддями протягом тривалого часу права, «правова держава походить з писаних конституцій»¹⁴. Звідси захист від владного свавілля покладався не тільки, і навіть не стільки, на суди, як це має місце у Великобританії, скільки на законодавця, з його правовими за своїм змістом законами.

¹³ Hayek F. A. *The Constituion of Liberty*. – Chicago: The University of Chicago Press. 1960. – P. 487.

¹⁴ Звіт щодо верховенства права. Страсбург. 28 березня 2011 року.

Тим не менше, попри ці відмінності, теоретичне обґрунтування правової держави, як і верховенства права, тісно пов'язане з представниками і послідовниками ідеології лібералізму, природно-правових учень, зокрема з ім'ям німецького філософа І. Канта, якого часто небезпідставно називають батьком концепції правової держави¹⁵. Його категоричний імператив розуму у сфері права, що виступає у вигляді вимоги загального правового закону, якому має підпорядковуватися держава, став визначальним для трактування правової держави кінця XVIII – початку XIX ст.

Щоправда, період природно-правового, чи близького до нього, підходу до розуміння концепції правової держави виявився порівняно нетривалим. Уже у другій половині XIX ст. ця концепція набуває в Німеччині позитивістського спрямування, а наприкінці того ж століття формально-юридичні аспекти в підходах до її трактування стають домінуючими.

Концепція правової держави, згідно з якою норми закону мають відповідати певним природно-правовим критеріям, була витіснена винятково номінальним її поняттям, за яким право зводилося до закону, а верховенство права – до формального законного управління¹⁶ або правління за допомогою закону, котре, як засвідчив досвід тієї ж Німеччини, не забезпечує достатніх обмежень уряду, що є необхідною умовою верховенства права. В результаті концепція правової держави та ідеал верховенства права в Німеччині були позбавлені свого реального змісту. Це дозволило навіть нацистам іменувати свою державу правовою. Що являла собою ця «правова держава», можна судити з поширеного за фашизму афоризму, що належав одному з його ідеологів. «Не право в державі, а держава у праві», – проголошував він. До чого

¹⁵ Введення в науковий обіг самого терміну «Rechtsstaat» та перші спроби розкриття його змісту здебільшого пов'язуються з ім'ям німецького правознавця і політичного діяча Роберта фон Моля, хоча за іншою версією, «пальма першості» у використанні терміна «Rechtsstaat» належить німецькому правознавцю Карлу Велькеру.

¹⁶ Birkenmaier W. «Rechtsstaat» – The rule of law in the Federal Republic of Germany. The rule of Law. – Konrad-Adenauer-Stiftung. – 1997. – P. 56-57.

призвела ця «всеправна» держава, добре відомо: за законним її фасадом приховувалися кричущі беззаконня і сваволя.

Лише після Другої світової війни, під впливом боротьби проти позитивізму, який, за висловом Г. Радбруха, «позбавляв сил і здатності протистояти зловживанням нацистського законодавства»¹⁷, та піднесення «відродженого природного права», поняттям правової держави і верховенства права в Німеччині повертається їхній справжній зміст: вони не обмежуються формальним дотриманням законності, а передбачають низку вимог, які у своїй сукупності створюють умови для забезпечення принципу верховенства права (правової держави) у Німеччині.

Оновлене його трактування знайшло відображення в Основному Законі ФРН 1949 року. Зокрема, з його статті 1 прямо випливає, що державна влада має підпорядковуватися певним загальноцивілізаційним цінностям, найвищими з яких є недоторкана людська гідність, непорушні й невідчужувані права людини, котрі, як підкреслював экс-президент ФРН і экс-голова Федерального конституційного суду Роман Герцог, на відміну від попередніх німецьких конституцій, спрямовані не лише проти зловживань адміністрації і судів, а і проти волюнтаризму парламенту, виступають як противага законодавчій владі¹⁸. В результаті відбулося скорочення законодавчої свободи дій парламенту¹⁹. А у статті 20 Основного Закону чітко зафіксована позиція про нетотожність закону і права, якими, відповідно до частини третьої цієї статті, пов'язані виконавча влада і правосуддя.

З огляду на подальші міркування щодо конституційних засад утвердження принципу верховенства права в Україні, важливо також відзначити, що Основний Закон ФРН у статті 79 проголошує, що зміни до нього, які стосуються фундаментальних принципів, викладених, зокрема, у статтях 1 і 20, включно з

¹⁷ Радбрух Г. Філософія права. / Пер. с нем. – М., 2004. – С. 232, 235.

¹⁸ Herzog R. On the Essential Significance of the Rule of Law. – The Rule of Law – Konrad – Adenauer – Stiftung – 1997 – S. 22.

¹⁹ Groter. Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de droit// Constitutionalism, Universalism and Democracy – Comparative Analysis. Baden-Baden, 1999 – P. 291.

недоторканністю людської гідності як визначального елемента всіх інших людських прав, є неприпустимими за жодних обставин (за винятком, звичайно, ухвалення нової Конституції).

Вказані положення Основного Закону ФРН отримали свій розвиток у рішеннях Конституційного Суду ФРН, у яких наголошувалося на тому, що хоча в цілому закон і право співіснують, проте вони не завжди збігаються, відтак право не є тотожним сукупності писаних законів. За певних обставин воно може існувати поза позитивними нормами, прийнятими державою²⁰.

Показовим прикладом застосування принципу верховенства права у ФРН останніх двох десятиріч є справа про обвинувачення колишнього керівника Німецької Демократичної Республіки (точніше – Першого секретаря правлячої Соціалістичної єдиної партії Німеччини) Егона Кренца та інших високопосадовців НДР у розстрілі біженців, які намагалися перетнути сумнозвісну берлінську стіну – кордон між НДР і ФРН. Підсудні за цією справою стверджували, що вони діяли в межах чинних у НДР законів, зокрема закону про державний кордон, який містив положення, що виправдовували застосування вогнепальної зброї для його захисту. Тому, на думку адвокатів підсудних, притягнення до кримінальної відповідальності за вчинки, які на час їхнього скоєння не вважалися злочином, не відповідають принципу незворотності дії закону в часі. Суд, однак, відхилив ці аргументи адвокатів підсудних, мотивуючи свою позицію тим, що в даному разі мала місце гостра суперечність між позитивним законом і елементарними принципами справедливості, які ґрунтуються на спільних для всіх народів правових переконаннях про найвищу цінність та гідність людини²¹.

Ця позиція німецького суду була згодом, у березні 2001 р., підтверджена Європейським Судом з прав людини,

²⁰ Dorsen N., Rosenfeld M., Safo A., Baer S. Comparative Constitutionalism. – WESTGROUP, 2003. – P. 22.

²¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. Herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts, – 95. Band – Mohz Siebeck, 1997. Tübingen. – S. 112, 135.

до якого звернулися Кренц та інші засуджені зі скаргою на порушення ФРН щодо них Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, зокрема частини першої статті 7, згідно з якою «нікого не може бути визнано винним у вчиненні кримінального правопорушення на підставі будь-якої дії чи бездіяльності, яка на час її вчинення не становила кримінального правопорушення за національними законами або міжнародним правом». Європейський Суд спирався у своєму рішенні на частину другу вказаної статті, за якою «ця стаття не стоїть на перешкоді судовому розглядові і покаранню будь-якої особи за будь-які дії чи бездіяльність, які на час вчинення становили кримінальне правопорушення згідно з загальними принципами права, визнаними цивілізованими націями», а також на інші міжнародно-правові документи.

Так детально зупиняюся на еволюції поглядів на принцип правової держави і верховенства права в Німеччині та практики його реалізації для того, щоб, по-перше, показати, що порівняно поширений в Європі ще на початку ХХ століття (а в нас, як зазначалося, до цього часу) скептицизм щодо можливості реального застосування цього принципу, не підтверджується ні теорією, ні практикою кінця ХХ – початку ХХІ століття, а, по-друге, щоб наголосити на єдності сутності англійського «the Rule of law» і німецького «Rechtsstaat» у сучасних умовах.

На думку переважної більшості правознавців, відмінності між ними є радше термінологічними, ніж змістовними, що дає підстави стверджувати, що в сучасному світі вони стали майже прототипами одне одного, «узагальненими назвами споріднених концепцій»²², що унеможливає пошук суттєвої різниці між ними²³.

Як принципом верховенства права, так і принципом правової держави охоплюється низка якщо й не зовсім ідентичних за формою, то дуже близьких за змістом²⁴, тісно пов'язаних між

²² The Rule of Law. Konrad – Adenauer-Stiftung, 1997. – P. 68-70.

²³ Там само.

²⁴ Див.: Гартвіг М. Принцип правової держави в Німеччині / Українське право. – 2006. – Ч. 1. – С. 24-29.

собою гетерогенних підпринципів – вимог, які дають досить повне уявлення про зміст, спрямованість і умови забезпечення названих феноменів у сучасному суспільстві.

Можна, очевидно, дискутувати з приводу кількісних показників таких підпринципів (деякі зарубіжні автори нараховують їх десятки), змісту й обсягу окремих із них, проте залишається безсумнівним той факт, що утвердження верховенства права і функціонування правової держави можливі за умов, коли в суспільстві послідовно і неухильно втілюються в життя такі основні вимоги:

1. Повага до прав і свобод людини: природні, невід’ємні і невідчужувані права і свободи людини набувають вирішального значення у відносинах між нею та державною владою. Права і свободи особи, – слушно наголошував один із творців доктрини верховенства права Альберт Дайсі, – є «основою, а не результатом права країни», а правила, що складають конституційний кодекс, являють собою «не джерело, а наслідок прав осіб»²⁵. Хоча ці висновки робилися А. Дайсі на основі порівняльного аналізу британської правової системи і правових систем країн континентальної Європи, нині вони сприйняті всім європейським співтовариством. Близьку до цих думок позицію висловлював також один з основоположників концепції правової держави Роберт фон Моль. «Свобода громадян, – писав він, – є вищим принципом правової держави»²⁶.

Саме невід’ємні, невідчужувані права і свободи людини, як свідчить досвід сучасних розвинутих держав, складають основу «стримувань і противаг» державній владі, яка завжди має тенденцію до виходу з-під контролю суспільства. Це той обмежувальний бар’єр, який не може бути подолано на власний розсуд ні законодавчою, ні виконавчою, ні судовою гілками влади. По суті, вони складають правове першоджерело. Їхнє існування

²⁵ Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. – 1959 (1961). – P. 232, 235.

²⁶ Mohl R. Die Polizeiwissenschaften nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. Bd. I, 1844. – S. 8.

поза правом і без права неможливе, як і право немислиме без прав і свобод людини. Це – явища однієї сутності.

Саме тому пов'язаність усіх гілок влади фундаментальними, невідчужуваними правами і свободами людини розглядається сучасною правовою теорією й судовою практикою, зокрема конституційними судами багатьох європейських країн і Європейським Судом з прав людини, як безпосередній прояв реалізації принципу верховенства права.

На жаль, у вітчизняному правознавстві ще повністю не подолані ні патерналістський підхід до розуміння генезису і природи прав людини, ні однобічно позитивістське трактування самого права. Це проявляється, зокрема, в теорії – у часом різкому розмежуванні, ба більше, протиставленні об'єктивного та суб'єктивного права, у зв'язку з чим суб'єктивне право розглядається як наслідок об'єктивного права, котре є визначальним для нього; у практичній діяльності – в майже повному ігноруванні визнаного не тільки в Європі, а й деякими пострадянськими державами принципу, згідно з яким основоположні, невідчужувані права людини є безпосередньо діючим правом незалежно від того, зафіксовані вони в Конституції і законах, чи ні, тощо.

Фундаментальні невідчужувані права людини, згідно з сучасними уявленнями, мають не тільки захищати окрему особу від всесилля держави, а й надавати меншості захист від більшості.

Дисонансом таким уявленням звучать усе ще поширені в Україні (ба більше, взяті на озброєння провладними політичними силами в українському парламенті) твердження про те, що демократія – це влада більшості, вона нібито передбачає підкорення меншості більшості. Такі уявлення про демократію нерідко призводять до несумісних з вимогами правової держави і верховенства права рішень, а інколи і просто до парадоксальних ситуацій. Яскравим прикладом цього може слугувати призначення у квітні 2012 року виключно депутатами провладної більшості, за відсутності у залі парламенту опозиції, Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. І це при тому, що на нього за Конституцією і законом покладені

повноваження здійснювати парламентський контроль за додержанням (передусім, зрозуміло, владою) конституційних прав і свобод громадян. Не випадково в цивілізованих, правових державах цю посаду обіймає або представник опозиції, або ж політично незалежна особа.

Як справедливо зазначає відомий американський вчений О. Тоффлер, властиві індустріальному суспільству традиційні уявлення про демократію вимагають сьогодні переосмислення відповідно до реалій ХХІ століття, яке передбачає утвердження якісно нових принципів демократичного плюралізму – демократії консенсусного суспільства, демократії «вирішальної меншості». «Якщо в епоху індустріалізму, – розвиває його думки відомий український вчений А. Гальчинський, – суверенність особистості ще не створювала передумов для того, щоб окремих індивідів сам по собі піднімали над суспільством, то сучасна епоха змінює цю ситуацію на протилежну». Відповідно до цього має розбудовуватися нова модель демократії, в основу якої покладається ідея про зміну субординації людина-суспільство, врахування того, що постмодерний світ розбудовується на засадах пріоритетної першості особистості і що в цій ситуації принципи демократії більшості дедалі більшою мірою втрачають адекватність²⁷.

На жаль, офіційне сприйняття європейських стандартів прав людини шляхом їхньої фіксації в Конституції України не перетворило їх на частину культури і ментальності, навіть, здавалося б, найактивнішої частини народу, яка претендує іменуватися політичною елітою. Права людини все ще не вписалися в конкретні політичні і соціальні умови нашої країни, вони залишаються, якщо й не зовсім чужими, то, принаймні, й не визначальними для правосвідомості значної частини населення. Це одна з вирішальних причин різкого погіршення стану з дотриманням і забезпеченням їх в Україні, яке ми спостерігаємо нині. Влада послідовно й неухильно «сповзає» до жорсткого авторитаризму, порушуючи елементарні права громадян на

²⁷ Гальчинський А. Кінець єврофедералізму?! // Дзеркало тижня. – 2007.

свободу слова, думки, мітингів, демонстрацій, підприємництва, на недоторканність особи, приватність тощо, а населення, на відміну від інших країн, за тим переважно спостерігає. Не чути, що дуже прикро, реакції на брутальні протиправні дії влади з боку юридичної спільноти, зокрема численних професійних об'єднань правників. Не виявляє особливої активності й інтелектуальна еліта суспільства.

Переосмислення в контексті вимог верховенства права і правової держави потребують також традиційні уявлення про соціально-економічні права.

Концепція верховенства права, як зазначалося, ґрунтувалася (і переважно продовжує ґрунтуватися нині) на утвердженні таких цінностей, як функціонування держави, зв'язаної правом, повага до невідчужуваних прав і свобод людини та їх охорона, насамперед за допомогою незалежного і неупередженого правосуддя, дотримання принципу юридичної рівності громадян тощо.

Рівність людей при цьому трактувалася як формально-юридична рівність, тобто рівність у правах і свободах і рівність перед законом і судом, що цілком відповідало ліберальній філософії прав людини або ж філософії так званих негативних прав. Однак уже наприкінці ХІХ – початку ХХ ст. стало зрозумілим, що така філософія прав людини, поряд із безсумнівними позитивними рисами, має істотні недоліки.

З досвіду індустріальних країн відомо, що навіть закріплені в конституціях гарантії рівності громадянських і політичних прав людей самі по собі не в змозі подолати їхню фактичну нерівність, яка дедалі поглиблювалася.

У зв'язку з цим поступово почала складатися нова філософія прав людини, в основу якої були покладені соціал-демократичні ідеали соціальної справедливості, соціальної солідарності, соціальних зобов'язань тощо. Вона помітно розширила уявлення про права людини: поряд з громадянським і політичним вони поповнилися соціальним аспектом, що, своєю чергою, призвело до істотного розширення їхнього переліку внаслідок його поповнення соціально-економічними правами, які прийнято іменувати правами «другого покоління».

Вже на початку соціалізації держав виникли питання: чи можливо поєднати принцип верховенства права з принципами соціальної держави з її орієнтацією на зміцнення соціальної справедливості в суспільстві, забезпечення не тільки юридичної, а й матеріальної рівності його членів або ж, у всякому разі, зведення до мінімуму майнового розшарування населення; як бути з однією з вирішальних ознак «юридичності» прав людини щодо соціально-економічних прав – можливістю їхнього судового захисту.

Не знаходячи шляхів вирішення цих питань, чимало західних правознавців, включно з основоположником концепції верховенства права А. Дайсі, заговорили про послаблення позицій верховенства права на Заході, а інколи і про його повний занепад. «Формальна рівність перед законом, – писав, наприклад, один з послідовників А. Дайсі, англійський правознавець Ф. Гайек, – суперечить, а насправді є несумісною з будь-якою діяльністю влади, спрямованою на забезпечення матеріальної чи реальної рівності різних людей, ... будь-яка політика, спрямована безпосередньо на реальне досягнення ідеалу справедливості в розподілі, має вести до руйнування верховенства права»²⁸.

Ці слова сказані понад півстоліття тому. Проте гармонії між принципом верховенства права і принципом соціальної держави не досягнуто до цього часу, попри активізацію пошуків зняття суперечностей між ними, особливо з урахуванням тенденції до універсалізації прав людини, відповідно до якої всі види прав є невід'ємними, взаємообумовленими і рівнозначними. Саме таку офіційну позицію займає нині ООН²⁹.

Автор цих рядків намагався обґрунтувати своє бачення шляхів розв'язання цих суперечностей у деяких своїх публікаціях³⁰, хоч

²⁸ Hayek F. A. *The Road to Serfdom*. Chicago. 1944. – P. 87. Цит. за: Таманага Браян. Вказана праця. – С. 79-81.

²⁹ Варламов С.О. *Економічні і соціальні права людини: стандарти та їх впровадження в юридичну практику України*. – Львів, 2009. – С. 12.

³⁰ Див., наприклад: Козюбра М.І. *Верховенство права і соціалізація держав* // Козюбра М.І. / Наукові записки НаУКМА. Т.103. Юридичні науки. – К., 2010. – С. 3-8; Козюбра М.І. *Права людини і верховенство права* // Козюбра М.І. / *Право України*. – 2010. – №2. – С. 24-35.

обговорення цієї проблеми у вітчизняному правознавстві ще не набуло того значення, якого вона заслуговує.

Не зупиняючись на аналізі всіх можливих напрямів «юридизації» соціально-економічних прав та їхнього наближення за своїм статусом до суб'єктивних прав, якими, без сумніву, є класичні права «першого покоління», хотілося б наголосити лише на двох моментах.

По-перше, найоптимальнішим і найперспективнішим способом гармонізації відносин між верховенством права і принципами соціальної держави, зокрема соціально-економічними правами, очевидно, має стати послідовне і неухильне дотримання вимог людської гідності як онтологічної основи всіх прав і свобод людини, що прямо впливає з Преамбули міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права. Без забезпечення соціально-економічних прав людська гідність виявиться декларативною, а верховенство права здатне перетворитися у недієву доктринальну абстракцію.

По-друге, основним правовим критерієм реальної дієвості положень, що закріплюють будь-яке право, є можливість судового захисту права та виконання судових рішень. Без цього право залишатиметься фікцією. Не мають бути винятком з цього правила також соціально-економічні права, тим більше в умовах їх віднесення до загальної системи прав людини, що спостерігається нині у світі, у тому числі в Україні (саме такої позиції дотримується чинна українська Конституція). Не випадково тенденція до судового захисту соціально-економічних прав усе відчутніше проявляється в національній та міжнародній судовій практиці, зокрема, практиці Європейського Суду з прав людини, кількість справ у якому за скаргами громадян України про порушення соціальних прав неухильно зростає.

Позбавлені засобів судового захисту, соціально-економічні права залишаються виключно результатом патерналістської турботи держави, а не «невід'ємними і рівнозначними» з іншими правами, на чому ґрунтується, як зазначалося, офіційна позиція ООН. Це ставить людину в підлегле становище до держави, становище прохача, а не рівноправного партнера, що

принижує людську гідність. Яскраве підтвердження цьому – масові протестні акції, спрямовані проти «урізання» соціальних гарантій чорнобильцям, афганцям та іншим категоріям населення, які нещодавно відбулися в Україні.

Щоправда, ці акції продемонстрували, що українській владі навіть судові рішення, включаючи рішення Європейського Суду з прав людини – не указ. Виголошуючи панегірики на адресу верховенства права, вона звикла діяти не за його вимогами, а за «поняттями», в основі яких політична, бізнесова та інша доцільність. Утім, до проблеми виконання судових рішень як складової верховенства права ми ще повернемося.

2. Верховенство Конституції – одна з вирішальних складових верховенства права і правової держави.

Орієнтація на невід’ємні, невідчужувані права людини як правове першоджерело – найхарактерніша риса чинної Конституції України. І це не просто данина її творців вимогам сучасного міжнародного співтовариства, яких Україна як його член має дотримуватися, а принципова позиція, що ґрунтується на врахуванні уроків із нашого минулого і намірах просування шляхом цивілізації.

Відповідність закріпленого в розділі II Конституції каталогу прав і свобод людини сучасним міжнародним стандартам дає беззаперечні підстави говорити про те, що Конституція України є правовою за змістом.

Однак принцип верховенства права передбачає не тільки визнання прав і свобод людини, а й обов’язковість їхнього додержання і забезпечення державою. Ця вимога принципу верховенства права закріплена у статті 3 Конституції України (ще до фіксації самого принципу), згідно з частиною другою якої права і свободи людини та гарантії їх визначають зміст і спрямованість діяльності держави, а їх утвердження і забезпечення є головним обов’язком держави. Звідси випливає, що як діяльність держави в цілому, так і її органів, включаючи законодавчий, повинна мати правовий характер. Зазначене положення в позитивній формі фактично формулює ще одну суттєву вимогу принципу

верховенства права – вимогу правового закону. Адже правовий характер діяльності органу законодавчої влади означає, що зміст і спрямованість законотворчості мають визначати права і свободи людини.

Цій вимозі відповідає положення частини третьої статті 22 Конституції України, яким встановлена пряма заборона анти-правового закону. «При прийнятті нових законів або внесенні змін до чинних законів, – ідеться в ній, – не допускається зуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод». Ця принципова позиція виражена також у частині першій статті 64 Конституції України, згідно з якою конституційні права і свободи не можуть бути обмежені крім випадків, передбачених Конституцією. Це, зокрема, означає, що законом такі обмеження встановлюватися не можуть, якщо цього не передбачає Конституція. Тому положення деяких законів та інших нормативно-правових актів, які встановлюють обмеження прав і свобод людини без належних конституційних підстав, треба вважати неконституційними і неправовими.

Послідовність правової спрямованості Конституції України проявляється також у тому, що вона містить спеціальну заборону закону, що порушує права людини, навіть в умовах воєнного або надзвичайного стану (частина друга статті 64).

Конституція України, нарешті, передбачає відповідні механізми, які унеможливають зниження її правового рівня. Стаття 157, зокрема, встановлює, що Конституція України не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина, а стаття 159 – що законопроект про внесення змін до Конституції розглядається Верховною Радою України лише за наявності висновку Конституційного Суду України щодо відповідності законопроекту вимогам статті 157.

Окрім вимог забезпечення правового характеру законів та інших нормативних актів, а отже, принципу верховенства права «у матеріальному значенні», Конституція України містить також ряд вимог до нормативно-правової системи, додержання яких забезпечує верховенство права «у формальному значенні».

Серед цих вимог треба назвати насамперед принцип верховенства Конституції та пряму дію її норм (частина третя статті 8). Пряма дія Конституції є однією з вирішальних умов інтеграції її правового змісту в соціальну практику. Всупереч поширеній думці, відповідно до якої пряма дія конституційних норм пов'язується виключно з правозастосовчою практикою, зокрема судовою (певні підстави для цього дає не зовсім вдале, на мій погляд, формулювання статті 8), треба зазначити, що така дія властива для всіх форм державної діяльності: законодавчої, виконавчої та судової. Пряма дія норм Конституції України має місце також під час здійснення громадянами конституційних прав і свобод.

Стосовно законодавця пряма дія Конституції означає, що, приймаючи закони, він має лише конкретизувати і деталізувати конституційні положення, а також встановлювати процесуальні форми їхньої реалізації. Відступати від букви і духу Основного Закону, від закладених у ньому ціннісних орієнтирів, він не має права.

На жаль, діяльність українського законодавця досить далека від цих вимог. Закони часто ухвалюються з грубими порушеннями встановленої Конституцією процедури, нерідко без обговорення навіть доленосних для країни законопроектів^{*}. «Притчею во язицех» стало наймасовіше і чи не найбрутальніше порушення депутатами вимоги Конституції про те, що «голосування на засіданнях Верховної Ради України здійснюється народним

^{*} Одним з найсвіжіших прикладів цього є прийняття 2 жовтня 2012 року надзвичайно важливого для суспільства і кожного громадянина Закону України «Про Єдиний державний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її соціальний статус». 35 статей цього Закону на 40 сторінках тексту парламентська більшість практично без обговорення «провела» за 20 хвилин. Цілком закономірно, що як процедура, так і зміст ухваленого закону викликали негативну реакцію фахівців, які обґрунтовано звернули увагу на порушення ним вимог верховенства права, зокрема принципу «ненадмірності та пропорційності збирання персональних даних», що створює реальну загрозу несанкціонованого доступу невизначеного кола осіб до персональних даних мільйонів людей в Україні (Дзеркало тижня, 17 листопада 2012 року).

депутатом України особисто» (частина третя ст. 84). Воно отримало негативну оцінку не лише української громадськості, а й навіть колег народних депутатів – зарубіжних парламентарів. Це порушення фактично ставить під сумнів легітимність більшості законів, ухвалених Верховною Радою.

Дивно, а точніше сумно, слухати незграбні пояснення з цього приводу «народних обранців» та високопоставлених державних чиновників – юристів: «цього не хоче жодна з парламентських фракцій», «домогтися особистого голосування у нинішньому парламенті неможливо», «практика голосування, що склалася у Верховній Раді, ґрунтується на існуючих реаліях» тощо.

Звичайно, забезпечити проходження навіть необхідних країні законів, дотримуючись вимоги особистого голосування депутатів, за умов співвідношення сил, яке склалося в українському парламенті, непросто. Проте, це не привід для цинічного ігнорування конституційного положення. Зарубіжною парламентською практикою вироблені способи подолання подібних складнощів. До них належать, зокрема, встановлення певних чітко визначених днів тижня чи місяця, в які проводиться голосування, або ж запровадження градації законів на конституційні, органічні і звичайні, з відмінною для кожного виду законів кількістю голосів, необхідних для їхнього прийняття. Для прийняття конституційних законів вимагається кваліфікована більшість голосів, для органічних – абсолютна більшість, тобто 50% плюс 1 голос від загального кількісного складу парламенту (у наших нинішніх умовах – 226 голосів), а для звичайних законів – проста більшість голосів, тобто 50% плюс 1 голос від присутніх на засіданні, для проведення якого має бути певний кворум. Така градація законів, звичайно, вимагає внесення відповідних змін до Конституції України, що зробити також у наших умовах нелегко. Але було б бажання і усвідомлення того, що нинішнє ставлення депутатів до особистого голосування дискредитує не лише їх самих, а й Верховну Раду та державу в цілому.

Особливу тривогу викликає зростання кількості законів, що суперечать Конституції України за своїм змістом. За підрахунками

спеціалістів, із загальної кількості законів, ухвалених Верховною Радою протягом 1997–2009 років, кожний вісімнадцятий закон або його окремі положення визнані Конституційним Судом України неконституційними³¹.

Законодавча практика останніх трьох років свідчить, що тенденція до зростання кількості неконституційних законів чи окремих їхніх положень поглиблюється.

Підтвердженнь цьому можна навести безліч – від антиконституційного розширення повноважень Президента Законом «Про Кабінет Міністрів України» до конституційно сумнівних, за висновками фахівців, положень закону про тендерні закупівлі. Найрезонанснішим серед останніх антиконституційних законів став Закон «Про засади мовної політики в Україні», який залишиться в пам'яті поколінь як взірць цинізму агресивно-слухняної парламентської більшості. Поки що не привернув належної уваги громадськості черговий антиконституційний витвір верховної Ради – Закон «Про всеукраїнський референдум», який за популістським гаслом «всеваддя народу» приховує низку можливостей для владних маніпуляцій, у край небезпечних для подальшої долі країни.

Зпрямої дії норм Конституції впливає, що їхня конкретизація можлива також правозастосовчими органами, в першу чергу судами, шляхом тлумачення. Суди повинні безпосередньо застосовувати положення Конституції України у випадках, коли вирішення справи на основі закону виявляється неможливим. І лише в разі неоднозначного тлумачення відповідних положень Конституції різними державними органами або вагомими сумнівів щодо конституційності закону, який підлягає застосуванню під час вирішення конкретної справи, суди у визначеному законом порядку мають звертатися до Конституційного Суду України.

Таких звернень небагато, хоч їх, очевидно, могло бути більше. Але навіть у тих випадках, коли неоднозначне тлумачення положень Конституції державними органами очевидне і провадження

³¹ Мельник М.І., Хавронюк М.І. Нові антикорупційні закони: пил в очі чи граната в руках мавпи? // Дзеркало тижня. – 2009. – 19 грудня.

по справі КСУ відкрите, після низки його останніх рішень немає впевненості в тому, що Суд послідовно буде дотримуватися раніше сформульованих ним позицій, слідуючи такій важливій вимозі верховенства права, як «аналогічній справі аналогічне тлумачення». Міркування політичної доцільності, на жаль, нерідко переважають і в його діяльності.

Конституція України містить також низку інших юридичних інститутів і механізмів, які за належної реалізації здатні забезпечити втілення в життя принципу верховенства права. Серед них особливо необхідно відзначити:

– положення частини другої статті 19 Конституції, відповідно до якого органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їхні посадові особи, зобов'язані діяти лише на підставі та у спосіб, передбачений Конституцією та законами України. Це положення фактично відтворює одну з основних вимог принципу верховенства права щодо визначення меж повноважень державних органів, органів місцевого самоврядування та посадових осіб – «недозволене заборонено»;

– положення частини третьої статті 57 Конституції, згідно з яким закони та інші нормативні акти, що визначають права і обов'язки громадян, не доведені до відома населення у порядку, встановленому законом, є нечинними. Цим положенням утверджується аксіоматичний правовий принцип «неопублікований нормативний акт не застосовується»;

– положення статті 58 Конституції України, яка закріплює ще один аксіоматичний правовий принцип: «закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують, або скасовують відповідальність особи»;

– положення частини другої статті 55 та частини другої статті 124, згідно з якими юрисдикції судів підлягають усі правові спори, тому суд, за наявності такого спору, не може відмовити у правосудді;

– положення частини першої статті 152 Конституції, відповідно до якого неправовими, неконституційними визнаються (за рішенням Конституційного Суду України) закони та інші

акти, якщо була порушена встановлена Конституцією процедура їхнього розгляду, ухвалення або набрання ними чинності.

Перелік положень Конституції України, спрямованих на утвердження вимог принципу верховенства права можна було би продовжити. Проте й наведених досить для того, щоб дійти висновку, що верховенство права у нашому реальному житті означає передусім верховенство Конституції.

У зв'язку з цим було би помилково протиставляти їх одне одному, як це інколи має місце серед політиків і юристів (щоправда, також переважно політиків-депутатів). Розгляд верховенства права поза верховенством Конституції, як слушно зазначав свого часу Ю.М. Тодика, – це шлях до вседозволеності і свавілля³², що підтверджується сьогодишньою українською практикою.

Разом із тим, верховенство права і верховенство конституції не є абсолютно ідентичними поняттями. Деякі складові верховенства права і правової держави не завжди напряму фіксуються у конституціях, і Конституція України не є винятком. Вони сформульовані переважно правовою наукою і судовою практикою, що ніяк не применшує їхнього значення для утвердження верховенства права. До таких складових належать, зокрема, принципи визначеності та пропорційності, мова про які попереду.

3. Принцип розподілу влади, який передбачає існування відносно самостійних і незалежних одна від одної гілок (напрямів) влади – законодавчої, виконавчої і судової, та встановлення між ними таких взаємовідносин, які унеможливили б зосередження всієї державної влади або більшої її частини в руках одного органу держави (навіть якщо цей орган є колегіальним і обраний демократичним шляхом), а тим більше в руках однієї особи.

Творцями концепції розподілу влади вважаються англійський філософ Джон Локк та французький правознавець і філософ

³² Тодика Ю.Н. Основы конституционного строя Украины. – Харьков, 2000. – С. 67-68.

Шарль Монтеск'є, хоч окремі ідеї розподілу влади сформульовані ще за античності і в середні віки.

Перше офіційне визнання цього принципу пов'язане з Французькою декларацією прав людини і громадянина 1789 р., стаття 16 якої проголошувала: «будь-яке суспільство, в якому не забезпечена гарантія прав і відсутній розподіл влади, не має конституції». Нині принцип розподілу влади став догмою конституційного права, він узятий на озброєння всіма сучасними правовими державами, хоч це зовсім не означає, що він реалізується у тому вигляді, в якому розподіл влади замислювався його творцями.

За час існування принципу розподілу влади світ істотно змінився, тому цілком закономірними є намагання сучасників адаптувати ідеї Локка–Монтеск'є до соціокультурних і політичних особливостей глобалізованого ХХІ століття і кожної окремої країни. Така адаптація, щоправда, зводиться часом до конструювання низки нових гілок влади, які зумовлені вдосконаленням і ускладненням державного апарату, що відбулися після Дж.Локка і Ш. Монтеск'є (особливо помітна така тенденція останнім часом в Україні).

Не заперечуючи проти того, що не всі сучасні органи державної влади «вписуються» в означену «тріаду» розподілу влади, навряд чи варто вбачати у цьому чи не найактуальнішу проблему утвердження вказаного принципу.

В концепції розподілу влади Д.Локка – Ш.Монтеск'є важливо зберегти не стільки букву, скільки дух концепції. Він же полягає у взаємному врівноваженні, збалансуванні гілок влади, що, своєю чергою, досягається завдяки реалізації висунутої Ш.Монтеск'є ідеї про взаємний контроль між ними, яка, однак, в його працях не отримала належного розвитку.

У Конституції України, як і в конституціях інших держав, принцип розподілу влади не реалізується в його чистому вигляді. Тому має йтися не про відокремлення однієї гілки влади від іншої якоюсь китайською стіною, а про їх збалансування, взаємний контроль. Жодна гілка влади не повинна отримувати надмірної ваги порівняно з іншими гілками влади. Жодну гілку влади не можна

позбавляти повноважень, необхідних їй для виконання визначених Конституцією функцій.

Тільки реалізація цих вимог може гарантувати права і свободи людини і громадянина.

Розподіл влади досягається за допомогою різних засобів: фіксування у Конституції функціональної спеціалізації органів законодавчої, виконавчої та судової влади і розподілу компетенції між ними; закріплення відмінностей у порядку формування названих органів і термінах їхніх повноважень; установа системи «стримувань і противаг», тобто особливих методів і форм, що дозволяють нейтралізувати або стримати дії якоїсь із гілок влади, тощо.

Зарубіжний і вітчизняний досвід свідчить, що формально-юридичного розмежування функцій і повноважень між законодавчими, виконавчими і судовими органами, за всієї необхідності його вдосконалення, нерідко недостатньо для забезпечення реального розподілу влади – збалансованості між різними її гілками та взаємного контролю між ними. Це особливо стосується держав з парламентською і змішаною формами правління.

Посилення ролі парламентської більшості у формуванні уряду в таких державах, поряд з незаперечними позитивними рисами, приховує в собі певні небезпеки – зосередження законодавчої і виконавчої влади в руках одних і тих самих політичних сил та послаблення взаємоконтролю між указаними гілками влади, або надмірну концентрацію влади в руках президента (особливо в умовах наявності пропрезидентської більшості в парламенті, несформованості авторитетної опозиції, її роз'єднаності і відсутності усталених демократичних традицій).

Реальний розподіл влади в таких умовах досягається за рахунок посилення позицій судової влади не лише як головного гаранта прав і свобод людини, а й інституту, що відіграє системоутворюючу роль у механізмі «стримувань і противаг». На жаль, інститут правосуддя, зокрема конституційного, в Україні здебільшого не спроможний виконувати таку роль, про що мова попереду. Тут же знову доводиться констатувати, що закріплення принципу розподілу влади в Конституції України

не стало гарантією від намагань вищих державних органів зосередити у своїх руках якомога більше владних повноважень, підтвердженням чого можуть слугувати події останніх років. Яскравий тому приклад – фактично всеосяжна концентрація влади в руках Президента України після вельми сумнівного рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 року про визнання неконституційним Закону України «Про внесення змін в Конституцію України від 8 грудня 2004 року №2222-IV та поновлення дії Конституції України в редакції 1996 року», на що слушно звернена увага багатьох міжнародних організацій, у тому числі Венеціанської комісії, та експертів. Доводилося висловлюватися з цього приводу й автору цих рядків.

Концентрації влади в руках Президента не завадило те, що навіть у Конституції в редакції 1996 року формально-юридичні запобіжники проти такої концентрації закладені, хоч, як виявилось, недостатні.

Для збалансування влади необхідна не лише більш чітка і повна регламентація питань, пов'язаних з розподілом влади, в Конституції, а й зовсім інший рівень політичної і правової культури владоможних, на швидке підвищення якого сподіватися, очевидно, не доводиться.

4. Законність. Ще видатний німецький філософ Імануїл Кант говорив, що конституційність у державі залежить від наявності і суворого дотримання писаних законів. І хоч, як зазначалося, писаний закон не є панацеєю верховенства права, вимога законності розглядалася творцями концепції верховенства права як одна з визначальних її складових. Таке ставлення до законності притаманне й сучасним прихильникам цієї концепції³³.

Щоправда, на відміну від позитивістської традиції, концепція верховенства права не зводить її до формальної законності, тобто до правління на основі закону, незалежно від його змісту. Таке розуміння законності, на думку практично всіх західних

³³ Див., наприклад: Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – С. 106-145. Звіт щодо верховенства права. Страсбург. 28 березня 2011 року.

правознавців, не забезпечує достатніх обмежень влади, що є необхідною умовою верховенства права³⁴.

Верховенство права передбачає, по-перше, законність, основу на визнанні і беззастережному прийнятті найвищої цінності людини, її убезпеченні від свавілля владних інституцій та їхніх посадових осіб, тобто законність, яка у вітчизняній літературі досить часто іменується правозаконністю. Це цілком відповідає практиці Європейського суду з прав людини, який у своїх рішеннях неодноразово акцентував увагу на тому, що вислів «згідно з законом – означає ... щоб закон не суперечив принципам верховенства права».

По-друге, вимога законності згідно з принципом верховенства права поширюється на діяльність органів публічної влади та їхніх посадових осіб, а не на всіх суб'єктів права, зокрема громадян та їхніх об'єднань, як це прийнято вважати у вітчизняному правознавстві. За такого розпорощення суб'єктів законності фактично нівелюється підвищена небезпека порушень закону з боку посадових осіб порівняно з його порушеннями громадянами (порушення закону останніми охоплюється поняттям порушення правопорядку).

З позицій верховенства права жоден акт управління не може підняти своїм регулюванням закон, а будь-яка дія або повноваження державного органу повинні мати свою підставу саме в законі, тобто відповідати принципу «те, що прямо не дозволено законом, заборонено». Цей принцип знайшов своє відображення, зокрема, у статті 19 Конституції України.

На жаль, він нерідко ігнорується навіть тими органами і їхніми посадовими особами, які мали би стояти на сторожі законності. Чи не найяскравішим прикладом грубого порушення названого принципу може слугувати проведення виїзного засідання суду по справі экс-прем'єр-міністра України Ю. Тимошенко в Лук'янівському слідчому ізоляторі, хоча відповідні норми, які дозволяли проводити такі засідання (до того ж, очевидно, не у слідчому ізоляторі), давно із Кримінально-процесуального кодексу України вилучені. Тим не менше, відповідь прокурора на запитання журналістів, як

³⁴ Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – С. 108.

він прокоментує вказану ситуацію, була короткою: «КПК проведення виїзних засідань не забороняє».

За попередньою вітчизняною традицією, серед конкретних вимог принципу законності часто називається вимога верховенства закону. Можна погодитися з С. Головатим у тому, що збереження самого терміна «верховенство закону» у зв'язку з введенням у національну правову систему принципу верховенства права виглядає сумнівним³⁵. Оперування цими двома термінами справді породжує певну плутанину, оскільки англійське «The Rule of Law» досить часто політиками, журналістами, а інколи і перекладачами творів іноземних авторів, трактується як «верховенство закону» (англійське «Law», як відомо, українською мовою перекладається і як «право», і як «закон»). З огляду, очевидно, на недопущення цієї плутанини, термін «верховенство закону» відсутній у Конституції України.

Разом із тим, надто категоричним є твердження С. Головатого про те, що порівняно поширені у вітчизняній літературі висловлювання про пріоритетність, базовість, визначальність закону в ієрархії нормативно-правових актів «слід сприймати... як залишково-інерційні постулати радянсько-позитивістської доктрини права»³⁶. Досить вразливими, як на мене, є й міркування автора, що випливають з названого твердження, про те, що Конституція України «загалом не торкається питання «юридичної сили закону» та його співвідношення з іншими нормативно-правовими актами, а натомість вказує зовсім не на провідне місце закону в системі актів держави..., а лише на вторинність і підпорядкованість закону (за походженням, місцем, роллю, рівнем тощо) первинному і найвищому джерелу права – власне Конституції» (всі підкреслення автора)³⁷.

Не стану зупинятися на детальному аналізі цих міркувань, тим більше, що положенням Конституції України щодо місця та ролі закону в системі нормативних актів присвячено чимало публікацій, які, незалежно від часу їхнього виходу у світ (до чи після праці

³⁵ Головатий С. Верховенство права. У 3х книгах. – С. 1460.

³⁶ Головатий С. Верховенство права. У 3х книгах. – С. 1461.

³⁷ Там само. – С. 1461.

С. Головатого), спростовують названі міркування. Пошлюся тільки на статтю 92 Конституції України, яка чи не найпереконливіше засвідчує провідну роль закону в ієрархії нормативно-правових актів. Названа стаття встановлює перелік питань, які належать до предмета регулювання законом. Цей перелік охоплює практично всі сфери правового регулювання, хоча в одних випадках визначення законом є вичерпним і не залишає будь-яких можливостей для підзаконного регулювання, а в інших законом встановлюються лише засади регулювання, що дозволяє їх конкретизувати підзаконними нормативними актами.

Пріоритетність закону відображає один з визначальних принципів демократизму – належність влади народу, який здійснює її насамперед безпосередньо і через представницькі органи влади, одним з яких є парламент; така пріоритетність має створювати базу для єдності і внутрішньої узгодженості всієї системи нормативних актів.

Якщо звернутися до бодай поверхового ознайомлення із законотворчою діяльністю Верховної Ради України за роки незалежності, то перше враження складається вельми обнадійливе. Її кількісні показники засвідчують, що питома вага законів у масиві нормативних актів зростає, що цілком відповідає духу і букві Конституції, зокрема тій же статті 92.

Проте більш глибокий аналіз результатів законодавчої діяльності парламенту, на жаль, не дає підстав для оптимізму.

Зростання кількості законів не супроводжується покращенням їхньої якості. В масиві прийнятих законів надто мало законів базового, визначального для правової системи характеру. До цього часу не приведені у відповідність з Конституцією безліч застарілих, можна сказати, архаїчних законів, які в майже незмінному вигляді дісталися у спадок від радянської епохи, серед них, зокрема, такі, як Кодекс про адміністративні правопорушення, закони про прокуратуру, про міліцію тощо. Серед законів переважають присвячені питанням, хоча, можливо, і не дріб'язковим, проте й не системоутворюючим, які могли би бути предметом консолідованих, рамкових законів, що встановлювали б засади нормативного регулювання у відповідних сферах.

У масиві законів понад половину – це закони про внесення змін до раніше прийнятих законів. Не виникає сумніву в тому, що такого роду закони в умовах сучасного динамічного життя є неминучими. Проте насторожує їхня кількість. Якщо до цього додати, що в деякі закони за час їхньої дії зміни вносилися понад сто разів, то висновки напрошуються самі. Законопроектувальникам і законодавчій діяльності Верховної Ради бракує прогнозованості, професіоналізму, кваліфікованої і незалежної експертизи законопроектів. Проте не тільки. Ухвалені закони часто є результатом не стільки кропіткої, професійної роботи, скільки впливу неконтрольованих (у тому числі законом), лобістських груп, політичної, бізнесової чи іншої корпоративної доцільності, підкилимових домовленостей і брутальних торгів. Жодна, навіть найпрофесійніша, експертиза на заваді такому стану речей стати не може.

Як наслідок вказаних та інших хиб законотворчої діяльності, національна законодавча система стає дедалі більш громіздкою та суперечливою; в ній химерно поєднуються різнопланові і різнорідні, нерідко несумісні законодавчі положення чи навіть окремі закони. Такий законодавчий хаос надзвичайно ускладнює процес застосування, що не може не відбиватися негативно на утвердженні верховенства права.

Стан законності, а отже, й верховенства права, в будь-якій країні, в тому числі в Україні, залежить не тільки від досконалості законодавчої бази, а й від ефективності роботи правозастосовних органів, насамперед, правоохоронних.

Як свідчать соціологічні дослідження, рівень суспільної довіри до них в Україні залишається надзвичайно низьким³⁸. Незважаючи на вжиті свого часу певні заходи, спрямовані на вдосконалення їхньої діяльності, підвищення рівня прозорості і підконтрольності громадськості (прийняття Закону України «Про демократичний цивільний контроль над військовою організацією та правоохоронними органами держави» від 19 червня 2003 р., створення Управління моніторингу дотримання прав людини у діяльності

³⁸ Правосвідомість і правова культура як базові чинники державотворчого процесу в Україні. – Харків «Право», 2009. – С. 194-198, 330.

МВС, розсекречення архівів СБУ тощо), правоохоронні органи так і не стали відповідати європейським стандартам, зокрема рекомендаціям ПАРЄ. Понад те, останнім часом намітилася очевидна тенденція до ще меншої відкритості і громадської підконтрольності цих органів. Під гаслом зменшення витрат ліквідоване назване управління та скорочено посади помічників з прав людини в системі МВС; СБУ припинила діяльність щодо розсекречення своїх архівів. За даними моніторингу Центру дослідження суспільства, різко зросла кількість порушень прав людей на мирні зібрання та висловлювання своїх поглядів, посилилися репресії проти активістів таких заходів³⁹.

Занепокоєння громадськості викликають намагання певних політичних сил і державних високопосадовців використовувати органи СБУ і МВС для досягнення цілей, несумісних з їхніми функціями та повноваженнями. Свого часу на втягування їх у виборчий процес з метою перешкоджання вільному волевиявленню громадян звертала увагу Уповноважений Верховної Ради України з прав людини Н. Карпачова⁴⁰. Проте випадки нецільового використання СБУ та МВС продовжуються донині. Особливо брутального характеру набуло втручання співробітників міліції, зокрема спецпідрозділу «Беркут», у виборчий процес під час останньої виборчої кампанії до Верховної Ради України.

В науковій літературі порівняно давно ставиться питання про необхідність реформування служби безпеки, внесення змін до Закону України «Про основи національної безпеки» від 19 червня 2003 р. (в якому, зокрема, доцільно чіткіше визначити поняття «державна безпека») та прийняття нової редакції Закону України «Про службу безпеки України» від 25 березня 1992 року, оскільки чимало його положень застаріло і не відповідає чинній Конституції України⁴¹. Однак ці пропозиції залишаються

³⁹ Дзеркало тижня. – 2011. – 30 грудня.

⁴⁰ Карпачова Н.І. Омбудсман України на захисті прав і свобод людини в умовах глобальної фінансово-економічної кризи. // Право України. – 2010. – №2. – С. 15.

⁴¹ Вітик І., Костюк В. Щодо окремих правових аспектів реформування правосуб'єктності Служби безпеки України. // Право України. – 2009. – № 12. – С. 218-222.

нереалізованими. Те саме можна сказати про пропозиції щодо оновлення Закону про міліцію.

Не відбулося позитивних зрушень за роки незалежності у виконанні правоохоронними органами функцій досудового слідства. На перешкоді всебічності, об'єктивності і неупередженості розслідування нерідко стояли положення чинного до недавнього часу Кримінально-процесуального кодексу України, чимало з яких були відбитком попередніх тоталітарних підходів до слідства: обмеження у певних випадках права на захист, слабкість гарантій процесуальної незалежності слідчого, які б убезпечили його від будь-якого тиску тощо.

Після майже 15-річних дискусій серед фахівців, громадськості та законотворців-депутатів Верховна Рада нарешті наважилася (чи з власної ініціативи, то вже інша річ) прийняти новий Кримінально-процесуальний кодекс, який 20 листопада 2012 року набрав чинності.

Попри те, що новий КПК містить низку зовні привабливих і навіть прогресивних положень, які за змістом відповідають європейським стандартам і вимогам верховенства права, зокрема щодо переходу на виключно змагальну модель кримінального процесу, відмови від інституту додаткового розслідування, запровадження такого запобіжного заходу, як домашній арешт тощо, переконаності в тому, що він призведе до негайного поліпшення існуючого стану у сфері досудового слідства і кримінального судочинства, немає. І не тільки з огляду на те, що у КПК, поряд з прогресивними новелами, міститься чимало сумнівних, з точки зору відповідності верховенству права, положень, здатних звести нанівець його позитивні риси. Зрештою, недоліки КПК можуть виправлятися і під час його дії, якщо для цього, звичайно, буде владна воля, в чому також є підстави сумніватись. Найбільше турбує інше – те, що функції досудового слідства, за КПК, виконуватиме нереформована система органів слідства і прокуратури з властивим їм досі уявленням про слідство та стилем мислення переважної частини їхніх співробітників. Це не додає впевненості в тому, що прогресивні положення КПК будуть неухильно втілюватись у життя.

Адже, скажімо, жорстоке поводження правоохоронних органів із затриманими, яке принижує їхню гідність, застосування таких методів ведення слідства, як тортури, прямо заборонене не лише Конституцією України, а й старим Кримінально-процесуальним кодексом. І тим не менше, як свідчать результати проваджень Уповноваженого з прав людини, інформації правозахисників та окремі судові вироки, масштаби їхнього застосування з метою змушування осіб узяти на себе вину, підвищення показників розкриття злочинів, а то і просто з метою отримання хабара, не тільки не зменшуються, а навпаки, зростають.

Черговим показовим проявом ставлення правоохоронних органів, як і влади загалом, до європейських стандартів і верховенства права став арешт екс-міністра МВС Ю. Луценка, проведений, як констатував у своєму нещодавньому рішенні Європейський Суд з прав людини, з грубим порушенням низки статей Конвенції про захист прав та основоположних свобод.

5. Обмеження дискреційних повноважень, тобто прийняття рішень державними органами і посадовими особами на власний розсуд. Як зазначав основоположник концепції верховенства права А. Дайсі, «там, де є дискреція, є і простір для свавільності, ... дискреційні повноваження з боку влади неодмінно означають відсутність юридичної свободи для її підданих»⁴².

І хоча ця думка А. Дайсі у процесі розвитку концепції зазнала певних уточнень, обмеження дискреційних повноважень посідає нині одне з провідних місць в утвердженні верховенства права.

Ця складова верховенства права і правової держави вимагає, насамперед, щоб діяльність як держави загалом, так і її органів, включаючи законодавчий, підпорядковувалась утвердженню і забезпеченню прав і свобод людини. Саме вони та їхні 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

⁴² Дайсі А. Вступ до вчення про право Конституції. Анатомія лібералізму. Політико-правові вчення та верховенство права. – К., 2008. – С. 515, 522, 527.

влади, а й парламенту, обмежуючи свободу його розсуду під час прийняття законів.

Основні права і свободи, сформульовані у Конституції, як відомо, у досить загальному вигляді. Абсолютна більшість з них вимагає конкретизації в поточному законодавстві, без якої відповідні конституційні положення можуть залишатися декларацією. До того ж права громадянина, як і його обов'язки, не зводяться до основоположних, конституційних. Такого роду права й обов'язки, відповідно до вимог верховенства права і правової держави, мають визначатися виключно законом, а не підзаконними актами органів виконавчої влади. Це, звичайно, не позбавляє їх певних дискреційних повноважень у процесі прийняття ними управлінських рішень. Проте межі й характер таких повноважень мають встановлюватися також законом.

Обмеження дискреційних повноважень стосується всіх гілок влади, однак особливого значення набуває для виконавчої влади. Широкі дискреційні повноваження органів виконавчої влади та їхніх 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 їхньому введенню в жорсткі межі закону приділяється значна увага Європейським Судом з прав людини та конституційними судами європейських країн.

Як указувалося в одному з рішень Європейського Суду з прав людини, закон може передбачати дискреційні повноваження за умови, що такі повноваження та спосіб їхнього здійснення вказані з достатньою ясністю, для того, щоб з урахуванням правомірності мети цих заходів забезпечити індивіду адекватний захист від свавільного втручання влади⁴³.

Обмеження дискреційних повноважень означає, що будь-який орган виконавчої влади не тільки не може сам визначити свої власні повноваження, а й встановлювати їх для підпорядкованих йому органів та їх посадових осіб⁴⁴.

⁴³ Європейський суд по правам человека. Избранные решения. Т.1. – М., 2000. – С. 553.

⁴⁴ Див.: Рижков Г. Принцип правової держави в Основному Законі і судової практика Федерального конституційного суду. – Німецький фонд міжнародного наукового співробітництва, 2005. – С. 16.

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

Саме в цих та подібних до них сферах відбувається, як підтверджує практика, найбільше зловживань.

З обмеженням дискреційних повноважень безпосередньо пов'язана і така вимога верховенства права в системі виконавчої влади, як наявність розвинених процедур у діяльності її органів і посадових осіб, передусім у їхніх відносинах з громадянами. На відміну від багатьох європейських країн, де існують спеціальні кодифіковані акти, присвячені детальній регламентації таких процедур, в Україні вони залишаються чи не найменш врегульованою частиною адміністративного законодавства⁴⁵.

Прийняття Адміністративно-процедурного кодексу, який мав би стати ключовим для впорядкування діяльності посадових осіб, у тому числі в їхніх відносинах з громадянами, в черговий раз відкладається.

Тим часом, значною мірою завдяки чітким процедурам, відносини громадянина і держави із площини субординації переходять у площину юридичної рівності – одного з визначальних підпринципів (вимог) верховенства права.

6. Принцип визначеності передбачає, насамперед, вимогу чіткості підстав, цілей і змісту нормативних приписів, особливо тих із них, що адресовані безпосередньо громадянам. Вони повинні мати можливість усвідомлювати правові наслідки своєї поведінки. Показовою в цьому плані є позиція Європейського суду з прав людини, послідовно проведена ним у кількох рішеннях, зокрема у справах «Санді Таймс» проти Сполученого королівства», «Олсон проти Швеції» та ін. Згідно з цією позицією, будь-яка «норма

⁴⁵ Авер'янов В.Б. Принцип верховенства – визначальна засада нової доктрини адміністративного права. // Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві. – К., 2008. – С. 168.

не може вважатися «законом», якщо вона не сформульована з достатньою чіткістю так, щоб громадянин самостійно або, якщо в цьому буде потреба, з професійною допомогою міг передбачати з долею вірогідності, яка може вважатися розумною в даних обставинах, наслідки, до яких можуть призвести конкретні дії»⁴⁶.

Однак досвід свідчить, що абсолютна визначеність таких наслідків є недосяжною через низку обставин – відкритість мови, якою формулюються норми закону, їхня загальність, неможливість заздалегідь прописати в них всі реальні ситуації тощо. Закон, який намагається визначити наслідки дії за допомогою надмірної жорсткості формулювань, швидко набуває рис «скам'янілості», тобто застаріває. Право ж, як зазначається у рішенні Суду у справі «Санді Таймс» проти Сполученого королівства», має бути здатним йти в ногу з обставинами, що змінюються⁴⁷.

У зв'язку з цим важлива роль у впровадженні в життя принципу визначеності належить судовій практиці. У справі «L. та V. проти Австрії» та «S. L. Проти Австрії» Європейський Суд з прав людини наголосив, що «Конвенція – це живий інструмент, який необхідно тлумачити у світлі умов сьогодення»⁴⁸. Ця позиція Європейського Суду стосується не лише Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Вона має істотне значення також для національної судової практики, в тому числі практики українських судів, які поки що до так званого динамічного тлумачення Конституції та законів вдаються нечасто. Зокрема, очевидно, з огляду на незадовільне володіння прийомами такого тлумачення та засобами, закладеними в самій правовій системі, які дозволяють розв'язувати цю проблему.

Одним з таких вирішальних засобів є, як зазначається у західній літературі, значний ступінь передбачуваності права⁴⁹, завдяки

⁴⁶ Європейський Суд по правам человека. Избранные решения. Т.1. – М., 2000. – С. 202, 553

⁴⁷ Там само. – С. 202.

⁴⁸ Практика Європейського Суду з прав людини. Рішення у справі. Коментарі. – 2003. – №1. – С. 142.

⁴⁹ Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – К., Вид. Дім «Києво-Могилян. акад.», 2007. – С. 102.

чому невизначеність окремих законів чи інших нормативно-правових актів може бути подолана належною визначеністю правової системи в цілому.

Така визначеність досягається завдяки пронизуванню її визначеними цивілізованим світом цінностями, уособленням яких у демократичному суспільстві є Конституція. Саме вони забезпечують наскрізну єдність правової системи, дозволяють «мінімізувати» суб'єктивний вплив відповідних органів і посадових осіб на процес застосування тих чи інших недостатньо визначених нормативних положень.

Цим значною мірою пояснюється, на перший погляд, здавалося б, неможливий феномен існування безлічі правових ситуацій, щодо яких різні судові рішення, особливо в європейських країнах, майже виключені безвідносно від належності суддів до тієї чи іншої правової системи. Що ж стосується справ з відчутним національним забарвленням, то тут багато залежить від професіоналізму суддів, рівня їхньої правової культури – наявності в них, і в правознавців у цілому, спільних уявлень про правові цінності, знання і вміння застосовувати загальні принципи права, володіння широким арсеналом як традиційних, так і сучасних прийомів і способів тлумачення юридичних текстів, усвідомлення тенденцій світового (загальноцивілізаційного) правового розвитку тощо. Правова культура включає в себе також «здоровий глузд» – розуміння значення норм у конкретних реалістичних рамках⁵⁰.

До вимог принципу визначеності можна віднести також вимоги, пов'язані з гарантіями від довільного втручання влади у права особистості, обмеження дискреційних повноважень, про які йшлося вище, однакове застосування закону, відсутність конфліктуючих рішень Конституційного і Верховного судів, остаточність, обов'язковість та неухильну виконуваність судових рішень тощо⁵¹.

⁵⁰ Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія. – К., Вид. Дім «Києво-Могилян. акад.», 2007. – С. 102.

⁵¹ Погребняк С. Вимоги до нормативно-правових актів, що випливають з принципу правової визначеності // Вісник Академії правових наук України. – 2005. – №4. – С. 42-53; Звіт щодо верховенства права. – Страсбург, 28 березня 2011 року.

7. *Принцип пропорційності* регламентує співвідношення між поставленою метою та засобами і способами її досягнення. В основу цього принципу покладена ідея, згідно з якою «загальний інтерес, яким керується держава, не може бути таким, що придушує свободу окремої особи»⁵². Жодні спокуси обмежити її дії, а тим більше, зовсім зневажати їх, посилаючись на необхідність боротьби з економічною кризою чи іншими суспільними небезпеками, в демократичній правовій державі не можуть бути виправданими.

Своїм зародженням принцип пропорційності зобов'язаний практиці конституційних судів європейських країн, передусім, конституційного суду ФРН, який «вивів» його (*Verhältnismässigkeit*) з кодифікації пруського права XVIII ст., коли Кодекс публічного права уповноважував адміністрацію застосовувати тільки необхідні засоби для забезпечення громадського порядку, спокою та безпеки⁵³. Він же визнав принцип пропорційності «неписаним конституційним принципом», що «походить з принципу верховенства права (в німецькому тексті – «з принципу правової держави» – М.К.) і з природи основних прав, оскільки вони відображають загальне право на свободу громадянина від держави, які можуть бути обмежені державними органами тільки у разі переслідування абсолютно необхідного публічного інтересу»⁵⁴.

На початкових етапах становлення принцип пропорційності стосувався насамперед меж можливих обмежень основних прав людини. Вони, як зазначалося в одному з рішень того ж Федерального конституційного суду Німеччини, мають бути «адекватними конкретній ситуації, яка потребує такого об-

⁵² Хунорopoulos G. Le controle de proportionnalite dans le contentieux de la constitutionnalite et de la legalite. – Paris. LGDJ, 1995. – P. 168; Звіт щодо верховенства права. – Страсбург, 28 березня 2011 року.

⁵³ Шевчук С. Судова правотворчість: світовий досвід і перспективи в Україні. – К., «Реферат», 2007. – С. 316.

⁵⁴ BverfGE 19, 342, 348 // Цит. за: Шевчук С. Вказана праця. – С. 316-317.

меження, тобто перебувати у прийнятному співвідношенні до ваги та значення основного права»⁵⁵.

Саме у цьому реалізується ідея справедливості – базової цінності, на якій ґрунтується право⁵⁶.

Оскільки підстави для обмеження прав і свобод людини формулюються як у національних конституціях, так і в міжнародно-правових документах досить загально, у вигляді так званих оціночних понять, вирішальна роль у тлумаченні та конкретизації змісту принципу пропорційності стосовно конкретних правових ситуацій продовжує належати судовій владі. У процесі тривалої практики міжнародними судовими органами, зокрема Європейським судом з прав людини та національними судами, передусім конституційними, сформульована низка вимог принципу пропорційності, які в узагальненому вигляді зводяться до наступного:

– будь-які обмеження основних прав і свобод можливі тільки на підставі закону в передбачених конституцією (чи міжнародно-правовими документами) цілях та лише у межах, що є необхідними для нормального функціонування демократичного суспільства;

– такі обмеження мають застосовуватися тільки у випадках, якщо не існує менш обтяжливих заходів (засобів і способів) запобігання порушенням прав і свобод інших осіб та забезпечення публічних інтересів;

⁵⁵ BverfGE, 157,173. – *Stratqisches abhuren* / Цит. за: Рижков Г. Принцип правової держави в Основному Законі та судова практика Федерального Конституційного суду. – С. 40.

⁵⁶ Поділяючи думку про те, що право набуває властивого для нього змісту тільки в понятті справедливості (Бержель Жан-Луї. *Общая теория права*. – М., 2000. – С. 201), разом з цим не варто, на мій погляд, абсолютизувати категорію справедливості у трактуванні принципу верховенства права. Адже поняття справедливості, як відомо, має безліч інтерпретацій. Вона по-різному визначається не тільки філософами, політологами, соціологами, спеціалістами в галузі етики, а й правознавцями. Як поняття неусталене і значною мірою суб'єктивне справедливість не може розглядатися «безпосереднім регулятивним імпульсом права» (Малахов В.П. *Философия права*. – М., 2002. – С. 204), тому для практичного використання вона сама по собі, без поєднання з іншими складовими верховенства права, зокрема з тим же принципом пропорційності, малоприматна.

– наслідки заходів, які обмежують реалізацію прав і свобод, не повинні бути надмірними та мають суворо зумовляватися метою, що переслідується;

– права і свободи не можуть бути обмежені шляхом тлумачення у процесі правозастосовної практики. Тлумачення не може призводити до звуження не лише обсягу і змісту прав і свобод, а й розуміння їхньої сутності;

– всі сумніви, що виникають за інтерпретації норм, які регулюють відносини держави і громадянина, мають тлумачитися на користь громадянина;

– всі дозволи щодо громадян необхідно тлумачити або буквально, або ж розширювально, проте аж ніяк не обмежувально. Обмеження дозволів – це виняткова сфера законодавця, а не судового тлумачення.

Зарубіжною судовою практикою, зокрема практикою Європейського суду з прав людини, сформульовані також певні критерії (хоч і не абсолютно визначені) таких оціночних категорій, як «необхідність для демократичного суспільства», «невідкладна суспільна потреба», «переслідувана правомірна мета», додержання справедливої рівноваги між «загальним інтересом» та «інтересом особи» тощо⁵⁷, які виходять далеко за межі юрисдикції Європейського Суду, справляючи істотний вплив на національну судову практику, в тому числі вітчизняну.

Хоч останнім часом згадки про принцип пропорційності у практиці українських судів зустрічаються дещо частіше, судові рішення із застосуванням його вимог є надзвичайною рідкістю. Більше того, в низці судових рішень, які стосуються, зокрема, обмеження прав громадян на проведення мітингів, демонстрацій тощо, принцип пропорційності не використовується зовсім. Суди ним відверто нехтують, задовольняючи 94% позовів, які подавали органи місцевої влади про заборону мітингів і демонстрацій⁵⁸.

⁵⁷ Див., наприклад: Европейский суд по правам человека. Избранные решения. Т.1. – М., 2001. – С. 198, 207, 713 та ін..

⁵⁸ Дзеркало тижня. – 2011. – 30 грудня.

Продовжуючи свою основну функцію як засіб забезпечення справедливого балансу між вимогами захисту загального інтересу та необхідністю забезпечення фундаментальних прав особи, принцип пропорційності у процесі розвитку значно розширив діапазон своєї дії. Він використовується нині не тільки для визначення рамок можливих обмежень прав і свобод людини, а і для регламентації повноважень різних органів державної влади та їхнього збалансування, для запобігання зловживанню дискреційними повноваженнями та встановлення меж свободи розсуду, під час вирішення питань про сумірність прав і обов'язків, відповідність злочину і покарання праці й винагороди за неї тощо.

Це виключає суто позитивістський підхід до тлумачення і застосування Конституції та законів.

8. Принцип правової безпеки і захисту довіри. Однією із найважливіших складових верховенства права та правової держави є принцип правової безпеки і захисту довіри громадянина до надійності свого правового становища. Він має бути впевненим, що його правове становище залишатиметься стабільним і в майбутньому не погіршуватиметься. Саме на це спрямований принцип «закон зворотної сили не має» (*lex ad praeteriam non valet*), сформульований ще давньоримськими юристами на протидію сваволі законодавця, який надавав зворотної сили законам, що погіршували становище людей, надавали їх несприятливим наслідкам за дії, які на час вчинення їх визнавалися законними. Мета цього принципу – поставити заслін ущемленню прав і свобод людини з боку влади. Така його спрямованість робить названий принцип важливою гарантією безпеки людини, її довіри до держави.

Принцип незворотності законів та інших нормативно-правових актів у часі, закріплений у статті 58 Конституції України, неодноразово був предметом розгляду і застосування як Конституційним Судом України, так і судами загальної юрисдикції. Використання вказаного принципу в рішеннях Конституційного Суду є досить суперечливим, відсутня усталена

практика його застосування також у судах загальної юрисдикції. Причини такої суперечливості й непослідовності різні: серед них є, на жаль, і політичні.

Не можна, очевидно, заперечувати впливу на ситуацію, що склалася, не досить вдалого формулювання положення про незворотність дії законів та інших нормативно-правових актів у самій Конституції. Надмірна категоричність цього формулювання та його виключно буквальне тлумачення суддями дало підстави КСУ визнавати неконституційними положення законів, які, приміром, звільняли окремі категорії громадян від оподаткування, надаючи цим положенням зворотної дії⁵⁹, тобто поліпшували правове становище особи. Питання, наскільки відповідає таке трактування принципу незворотності закону в часі його справжньому змісту і соціальному призначенню, вимогам верховенства права і правової держави, залишилося нез'ясованим, на що, до речі, зверталася увага в окремій думці автора цих рядків під час його перебування на посаді судді Конституційного Суду України⁶⁰.

Виходячи з соціального призначення вказаного принципу, конституції багатьох держав, у тому числі постсоціалістичних, застосовують більш гнучкі, порівняно з Конституцією України, текстуальні його формулювання, відповідно до яких зворотня дія законів та інших нормативно-правових актів має місце не лише в разі пом'якшення або скасування ними юридичної відповідальності особи, а допускається (за умов спеціального застереження в законі або іншому нормативно-правовому акті) також у випадках, коли ці акти спрямовані на поліпшення правового становища особи, сприяють здійсненню прав і свобод, звільняють від обов'язків, зокрема, від сплати податків або знижують їх. Такої ж позиції дотримується зарубіжна практика

⁵⁹ Див., напр.: Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» (справа про податки) від 5 квітня 2001 р. // Вісник Конституційного Суду України. – 2001. – №2.

⁶⁰ Там само. – С. 23-24.

конституційних судів та судів загальної юрисдикції. Федеральний конституційний суд Німеччини, наприклад, у своїх рішеннях неодноразово наголошував, що вимогам правової держави не відповідає зворотність лише тих нормативно-правових актів, які погіршують становище особи, що найчастіше спостерігається якраз у сфері податків і зборів⁶¹.

Таким шляхом мала б іти й вітчизняна судова практика, що, звичайно, не тільки не виключає, а передбачає внесення відповідних змін до ст. 58 Конституції України.

9. Незалежність суду і суддів. Будь-який правовий принцип не діє сам по собі. Він втілюється у повсякденну практику і захищається за допомогою багатьох суспільних і державних інститутів. Не є винятком у цьому плані також принцип верховенства права.

Центральне місце у механізмі його забезпечення в демократичному суспільстві належить суду. І це цілком логічно. Адже саме суд ставить «останню крапку» у пошуку й утвердженні права під час вирішення конкретних справ, саме він уособлює (чи принаймні має уособлювати) неупередженість і справедливість. Що вищий у країні авторитет суду і правосуддя, що більшу незалежність має суд у взаємовідносинах із законодавчою і виконавчою владою, то вищий рівень дотримання верховенства права і демократичності самої держави, то надійніше захищені від можливих посягань права і свободи людей.

Це все більше усвідомлюють не тільки професійні юристи, а й спеціалісти інших сфер діяльності – економісти, бізнесмени, найдальновидніші політики (на жаль, їх надто мало) та ін. Не буде перебільшенням стверджувати, що від якості правосуддя в державі залежить її майбутнє.

Відповідно до частини першої статті 129 Конституції України «судді при здійсненні правосуддя незалежні і підкоряються лише закону». Проте, як і багато інших положень Конституції,

⁶¹ BverfG E- 18, 429 (4391); BverfG E- 13, 261 (271) / Цит. за: Рижков Г. Принцип правової держави в Основному Законі та судова практика Федерального Конституційного суду. – С. 35-36.

це положення на практиці залишається декларацією. Воно належним чином не забезпечене ні порядком призначення суддів, ні порядком усунення їх з посади, ні відповідними процедурами здійснення правосуддя, ні необхідним обсягом бюджетного фінансування суддів.

Доводиться з сумом констатувати, що становлення незалежної, неупередженої і добросовісної судової системи в Україні за роки незалежності так і не відбулося. Причин цього багато – від історичних традицій, нинішнього статусу суддів, до стану їхнього менталітету, який, щоправда, також формується середовищем, в якому судді працюють, та браку державно-владної волі до справжнього, а не імітованого реформування судової влади.

Рівень довіри до суду в суспільстві, як свідчать соціологічні дослідження, надзвичайно низький, а корумпованість суддівського корпусу, за даними Міжнародної громадської організації із протидії корупції Transparency International, залишається однією з найвищих серед державних органів і установ⁶². Ціаком обґрунтовані претензії висловлюються в суспільстві також щодо рівня прозорості, громадської контрольованості судової влади та професійності її носіїв.

Не випадково тому необхідність глибокої судової реформи в Україні давно назріла і не сходить з порядку денного вже багато років.

Ще у 2006 році Національною комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права при Президентові України, членом якої довелося бути авторові цих рядків, була розроблена концепція судової реформи, схвалена Указом Президента України 10 травня того ж року. Проте вона з різних причин, насамперед через брак волі в попередньої влади, так і не була реалізована.

Нарешті, після обрання чинного Президента України судова реформа нібито зрушила з мертвої точки. Не останню роль в її

⁶² Національна система добросовісності: оцінювання України. Творче об'єднання «ТОРО». Контактна група в Україні Transparency International. – К., 2010. – С. 43-58.

зрушенні відіграв тиск міжнародних організацій, спрямований на приведення судової системи України у відповідність зі стандартами і рекомендаціями Ради Європи та Європейського Союзу.

Досить швидко Президентом була створена робоча група з судової реформи, до складу якої був включений також автор, у прискореному темпі підготовлений (щоправда, фактично не робочою групою, оскільки таке завдання перед нею навіть не ставилось, а у стінах Адміністрації Президента) проект закону «Про судоустрій і статус суддів», він поспіхом, без попередніх широких обговорень у колі вітчизняних фахівців і зарубіжних експертів і, головне, без урахування зауважень Європейської комісії «За демократію через право» (Венеціанської Комісії) 7 липня 2010 року був прийнятий Верховною Радою України, підписаний Президентом і з дня опублікування набрав чинності (крім окремих статей, які вводяться в дію поетапно).

Ставлення до цього закону в середовищі як юристів-науковців, так і практиків далеко не однозначне.

З одного боку, низка його положень, що стосуються, зокрема, конкретного способу добору суддів, прозорості цього процесу, запровадження в усіх судах загальної юрисдикції автоматизованої системи документообігу та розподілу справ, передачі Державної судової адміністрації під судовий контроль, ліквідації військових судів (ці положення переважно напрацьовані ще згадуваною Національною комісією) є прогресивними.

З другого ж боку, Закон містить низку положень, які не тільки не забезпечують незалежність суду і суддів, а й розширюють можливості для політичного та іншого незаконного впливу на суддів, що на практиці, як засвідчив навіть нетривалий досвід дії закону, призводить до ще більшого зниження рівня їхньої незалежності.

Не зупиняючись на аналізі всіх цих положень, зверну увагу лише на основні з них.

а) Законом істотно розширені повноваження Вищої ради юстиції (ВРЮ), зокрема щодо призначення суддів на посади голів судів і їхніх заступників та звільнення їх з цих посад,

що суперечить чинній Конституції України та рішенням Конституційного Суду України від 16 жовтня 2001 року⁶³.

Не відповідає такій вимозі верховенства права як визначеність, роль ВРЮ у процесі першого призначення суддів. З метою повнішого її забезпечення мали би бути чітко сформульовані не лише критерії призначення кандидата на посаду судді, а й об'єктивні критерії «прийняття неопозитивного рішення» ВРЮ (п.1 частини першої статті 66 Закону), тобто її відмови у поданні кандидатури Президенту України для призначення суддею вперше (низький рівень кваліфікації, моральних якостей, невідповідність кваліфікації спеціалізованій юрисдикції тощо). Вирішальна роль у цьому процесі повинна належати Вищій кваліфікаційній комісії суддів (ВКК). Роль ВРЮ має бути, як слушно зазначається у Висновку Венеціанської Комісії щодо Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 18 жовтня 2010 р., символічною.

б) Характер та обсяг функцій і повноважень Верховного Суду України (ВСУ), передбачені законом, не відповідають конституційному статусу Верховного Суду як «найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції» (частина друга статті 125 Конституції України).

Не заперечуючи проти певного уточнення функцій і повноважень ВСУ, зокрема проти відмови від так званої «подвійної» чи «повторної» касації, яка справді не відповідає європейським стандартам правосуддя, разом з тим важко погодитися з ролю, яка відведена ВСУ Законом.

Твердження деяких високопосадовців і одночасно творців цього закону про те, що у зв'язку з його прийняттям Верховний Суд України, позбавлений за цим законом касаційних повноважень, «нарешті почне виконувати свою головну функцію – забезпечення єдності судової практики», м'яко кажучи, не має під собою належного підґрунтя. Адже забезпечувати таку єдність можливо лише власними рішеннями Верховного Суду України як «найвищого судового органу», а не аналізами та узагальненнями

⁶³ Конституційний Суд України. Рішення, висновки. 2001-2002. Книга 3. – К., 2002. – С. 39-46.

практики застосування в судах законодавства, наданням судам методичної допомоги в його застосуванні чи традиційних для радянської судової системи рекомендацій, як пропонується нині деякими представниками ВСУ. Очевидно, це не стільки функції Суду, навіть найвищого, скільки відповідних науково-дослідних установ, які здатні впоратися з ними ефективніше.

На перший погляд здавалось би, що функція Верховного Суду щодо забезпечення єдності судової практики може бути реалізована (хай опосередковано) через наділення його повноваженням перегляду справи «з підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції (а ними за законом є вищі спеціалізовані суди – М.К.) однієї і тієї самої норми матеріального права у подібних правовідносинах» (п.1 частини другої статті 38 Закону). Проте таке своє повноваження Верховний Суд може використати лише тоді, коли питання про допуск справи до провадження Верховним Судом для її перегляду з названих підстав буде вирішене самим Вищим спеціалізованим судом.

Таким чином, Верховний Суд України фактично стає не самостійною інстанцією, а заручником суперечностей у рішеннях вищих галузевих судів. Зрозуміти таку логіку творців указанного закону надто важко. Закон залишає чимало інших суперечливих питань, пов'язаних із взаємозв'язками між верховенством права та єдністю судової практики. Зокрема, що робити у випадках, коли має місце однакове, але неправильне застосування судами однієї і тієї ж норми; як бути, коли «однакове застосування» судами норми закону або ж іншого нормативного акта суперечить Конституції та вимогам верховенства права? Вітчизняна судова практика свідчить, що такі випадки трапляються не так вже й рідко. Який судовий орган має реагувати на них, Закон відповіді не дає.

в) Вразливий закон «Про судоустрій та статус суддів» також з точки зору забезпечення гарантій суддів від необґрунтованого усунення їх з посади.

Часто доводиться чути про суддівське свавілля, існування яко-го заперечити справді важко. Серед його причин небезпідставно називаються корупція, наявність з боку впливових зацікавлених

осіб конкретних замовлень на відповідне рішення, тиск представників публічної влади, криміналітету тощо.

Проте серед цих причин, як правило, не згадується та обставина, що як сам тиск на суд, так і пов'язане з ним суддівське свавілля значною мірою є опосередкованим наслідком того, що самі судді не захищені від свавілля щодо них. Прикладів такого свавілля щодо суддів можна навести безліч.

Немає сумніву в тому, що з суддівським свавіллям необхідно боротися, зокрема за допомогою інституту дисциплінарної відповідальності суддів, у тому числі такого її виду, як дострокове припинення повноважень судді (звільнення з посади). Проте як самі підстави дисциплінарної відповідальності, включаючи звільнення, так і процедура притягнення до неї, а також порядок оскарження рішень про застосування дисциплінарного стягнення, особливо «звільнення судді з посади у разі порушення ним присяги» (стаття 105 закону) мають бути чітко визначеними в законі з тим, щоби в органів, причетних до звільнення суддів з цієї підстави, не залишалось можливостей для довільного тлумачення відповідних положень закону.

На жаль, цього не сталося. Поняття «порушення присяги» залишається доволі розмитим, а гарантії захисту судді від необґрунтованого звільнення – досить слабкими. Ні політизована за своїм складом Вища Рада юстиції, ні політичні органи, які приймають остаточне рішення про звільнення судді «за порушення присяги» – Президент України і Верховна Рада України, як свідчить вітчизняний досвід, не тільки не стали такими гарантами, а навпаки, саме вони часто ініціюють необґрунтовані рішення про звільнення суддів.

г) Не сприяє утвердженню незалежності суду також установлення названим законом надмірно жорстких строків розгляду справ (як правило, протягом одного-двох місяців з дня відкриття провадження у справі, строки для якого також встановлені мінімальні – два-три дні). Те, що вітчизняні суди далеко не завжди дотримуються «розумних», за термінологією міжнародних документів, строків, розтягуючи розгляд деяких справ на роки, безсумнівно, підриває авто-

ритет суду, породжуючи сумнів у його неупередженості і добросесності.

Проте усувати тяганину в судах, очевидно, потрібно передусім не за рахунок встановлення практично нереальних строків, які часто не можуть бути дотримані з об'єктивних причин (затримка експертизи, неявка свідків, сторін тощо), а іншими способами – зменшенням навантаження на суддю (абсолютно ненормальним є становище, коли судді змушені розглядати в день десятки справ), впровадженням сучасних технічних засобів, які дозволяють полегшити, раціоналізувати роботу суду, тим самим прискорити строки розгляду справ тощо.

Складається враження, що творці закону «Про судоустрій і статус суддів» установили такі жорсткі строки, переймаючись не стільки прискоренням розгляду справ, скільки заради збереження, а то й посилення впливу на суддю. Адже випадки, коли строки розгляду справ порушуватимуться, виключити абсолютно неможливо. Відповідно ж до пункту 2 частини першої статті 83 названого закону «невжиття суддею заходів щодо розгляду заяви, скарги чи справи протягом строку, встановленого законом», є підставою для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, одним з видів якої, як зазначалося, є дострокове припинення повноважень судді (звільнення).

Неважко передбачити, які можливості це відкриває для тиску на суддю – його можна притягнути до дисциплінарної відповідальності аж до припинення повноважень (звільнення), а можна «змилюватися» залежно від того, які рішення він приймає – «правильні» чи «неправильні». Чіткі критерії оцінки роботи судді за таких умов установити неможливо. Тим більше, якщо врахувати, що порушення встановлених строків розгляду справ можуть виявитися настільки масовими, що послідовне, без огляду на особистості суддів, виконання вимоги цитованої статті може взагалі залишити державу без суддівського корпусу.

Недоліки «Закону про судоустрій і статус суддів» у питанні гарантування незалежності суду і суддів значною мірою є нас-

лідком ставлення українського суспільства до цієї проблеми. У вітчизняному соціумі, у тому числі серед «політичної еліти», на жаль, відсутнє належне розуміння того, що незалежність суду і суддів – це не привілей судової влади, а один з найбільш значущих здобутків людської культури і людської цивілізації, одна з найважливіших гарантій справедливого і неупередженого судочинства, а рівень її забезпеченості – це своєрідний індикатор рівня демократичності держави, утвердження верховенства права.

Вагомою гарантією справедливого і неупередженого судочинства є не лише рівень забезпечення самостійності і незалежності судової влади в її відносинах з іншими гілками влади й інститутами, а і ступінь доброчесності самих судів. В умовах тотальної корупції, яка проникла в усі сфери суспільного життя, марно сподіватися на можливість її швидкого подолання в окремій сфері – системі правосуддя. Як і будь-яка тяжка і запущена хвороба, вона вимагає комплексного лікування. Проте правосуддя – це саме та сфера, від ступеню доброчесності якої значною, якщо не вирішальною, мірою залежить кінцевий успіх у подоланні вказаної хвороби.

Законом «Про судоустрій і статус суддів» запроваджені певні заходи, спрямовані на забезпечення доброчесності суддів. Так, відповідно до статті 54 Закону судді мають щорічно подавати до Державної судової адміністрації декларації про свій майновий стан, які підлягають оприлюдненню на офіційному веб-порталі судової влади. Декларація про майновий стан повинна містити відомості про доходи, цінні папери, нерухоме цінне майно, вклади в банках, фінансові зобов'язання судді, членів його сім'ї та осіб, з якими він спільно проживає, а також відомості про одноразові витрати судді, що перевищують розмір його місячної винагороди.

Неподання або несвоечасне подання суддею декларації про майновий стан може мати наслідком накладення дисциплінарного стягнення у вигляді догани. Згідно із законом «Про вищу раду юстиції» незаконне отримання суддею матеріальних благ або здійснення витрат на суму, що

перевищує доходи такого судді та членів його сім'ї, вважається порушенням присяги судді і є підставою для дострокового припинення його повноважень (звільнення).

Якщо навіть припустити, що ці законодавчі заходи будуть неухильно виконуватися, їх для подолання корупції в судах недостатньо.

Притягненню судді до відповідальності за корупційні діяння не сприяє, зокрема, широкий обсяг суддівського імунітету, який виходить далеко за межі професійної діяльності судді. Як свідчить зарубіжний досвід, суддівський імунітет має винятково функціональний характер, тобто звужується до випадків, пов'язаних із виконаннями суддями своїх посадових обов'язків. Певного спрощення потребують процедури зняття імунітету з суддів, неупередженого розгляду клопотань про відводи суддів тощо. Актуальним для доброчесності не тільки суддів, а всіх посадових осіб залишається ухвалення законів про конфлікт інтересів та фінансовий контроль публічної служби.

Боротьба з корупцією гальмується не тільки недосконалістю законодавства, надзвичайно низьким рівнем доброчесності всіх органів публічної влади та браком владної волі, а й відсутністю належного суспільного усвідомлення необхідності протидії їй з боку населення. Значна його частина, за свідченням соціологічних служб, вважає корупцію чи не єдиним можливим способом психологічно ненапруженого і невідкладного вирішення власних проблем, тому здебільшого не схильна до активної протидії корупційним діянням, покладаючись на те, що питання подолання корупції вирішать «верхи». За таких умов важко очікувати відчутних позитивних результатів.

Правова певність (визначеність) як одна з найважливіших складових верховенства права визначається не тільки ступенем незалежності, неупередженості і доброчесності правосуддя, а й рівнем (ступенем) виконання судових рішень.

На жаль, і тут вітчизняна практика залишається надто далекою від європейських стандартів, зокрема від узятих Україною зобов'язань за Конвенцією про захист прав людини і

основоположних свобод (Європейською конвенцією з прав людини). На неприпустимість систематичного невиконання Україною судових рішень не лише національних (українських) судів, а й Європейського Суду з прав людини неодноразово зверталась увага Парламентською Асамблеєю Ради Європи, Венеціанською Комісією, та й самим Європейським Судом. Так, у рішенні «Юрій Миколайович Іванов проти України» від 15 жовтня 2009 р. Суд констатував, що «право на суд є ілюзорним, якщо національна правова система дозволяє, щоб остаточне, обов'язкове до виконання судове рішення залишилося невиконаним на шкоду будь-якій зі сторін». «Держава, – зазначається в рішенні, – не може виправдовувати нестачею коштів невиконання судових рішень, винесених проти неї або проти установ чи підприємств, які перебувають у державній власності або контролюються державою». Це прямо впливає з вимог Конвенції. Європейський Суд дійшов висновку, що «причина затримок у виконанні остаточних рішень національних судів полягає в існуванні низки різних дисфункцій у правовій системі України», яка «досі не спромоглася вжити заходів для покращення ситуації, незважаючи на значну й послідовну практику Суду з вирішення таких справ».

Очевидно, саме наслідком жорсткої критики з боку Європейського Суду з прав людини, як слушно зазначають Д. Курдельчук і О. Малиновський, став розроблений Міністерством юстиції України проект Закону України «Про гарантії держави щодо виконання рішень суду»⁶⁴.

Однак перипетії, які розгорнулися навколо нього у Верховній Раді України, засвідчують, що влада продовжує шукати способи подальшого невиконання судових рішень.

Комісією зі зміцнення демократії та утвердження верховенства права в її оновленому складі у 2011 році був розроблений проект закону «Про внесення змін до Закону України «Про

⁶⁴ Курдельчук Д., Малиновський О. Гарантії виконання судових рішень: реальне і можливе. «Дзеркало тижня». – 2011. – 22 січня.

судоустрійі статус суддів», автори якого намагалися максимально врахувати зауваження Венеціанської комісії до названого закону. Проект пройшов експертизу Комісії, яка в цілому оцінила його позитивно. Проте, якби цей законопроект після його доопрацювання відповідно до зауважень Венеціанської комісії навіть був прийнятий Верховною Радою України, в чому є великі сумніви, проблеми реформи судової системи оновлений закон не вирішував би. Це був би радше, косметичний ремонт, ніж її глибинна модернізація на основі нових концептуальних підходів.

Повноцінна судова реформа в Україні неможлива без внесення змін до Конституції. Не вдаючись до детального обґрунтування змін, які стосуються судоустрою та статусу суддів, спробую бодай схематично окреслити основні їхні напрями.

а) З метою усунення політичного впливу на процес формування суддівського корпусу з цього процесу передусім має бути вилучена Верховна Рада України як орган політичний, який, як свідчить наш досвід, не може бути політично неупередженим під час обрання суддів.

б) У Конституції має бути зафіксований принцип незмінюваності суддів, як це має місце в конституціях багатьох європейських країн і на що неодноразово звертали увагу зарубіжні експерти. Це не виключає встановлення 2–3-річного випробувального терміну для суддів, призначених уперше. Проте, якщо цей термін пройдено успішно, відповідно до чітко визначених законом критеріїв, продовження перебування особи на посаді судді має наступати автоматично без будь-якого обрання чи перепризначення, відповідно до встановленої законом процедури.

в) Призначення на посаду судді може здійснювати Президент України (така практика в Європі поширена) за рекомендацією Вищої кваліфікаційної комісії (ВКК) суддів і поданням Вищої ради юстиції (ВРЮ) на основі чітко визначених критеріїв. Роль ВКК і ВРЮ у цьому процесі має бути вирішальною, а Президента – суто церемоніальною. Жодних дискреційних

повноважень у Президента щодо призначення суддів бути не може. Враховуючи наші специфічні, відмінні від європейських країн, реалії, можливо, доцільно в тексті Конституції прямо закріпити, що Президент не може відхилити рекомендовану ВКК і ВРЮ кандидатуру на посаду судді, як це має місце у конституціях деяких, щоправда, небагатьох країн Європи.

З розумінням ставлячись до сумнівів щодо пропонованого варіанту призначення суддів у наших, повторюю, специфічних умовах, не виключаю обговорення також інших варіантів. Головне – убезпечити процедуру призначення суддів як від політичного, так і інших незаконних форм впливу, включаючи вплив кримінальних угруповань.

г) Узв'язку з викладеним вимагають істотних конституційних змін порядок формування ВРЮ та її функції і повноваження. У складі ВРЮ мають переважати (хоч і не домінувати) судді, причому призначені самою судовою владою (демократично сформованими органами суддівського самоврядування), а не політичними органами, як це має місце в нинішній редакції закону «Про судоустрій і статус суддів». Тільки в контексті цих змін на ВРЮ можуть покладатися повноваження щодо призначення суддів на адміністративні посади відповідно до чітко визначених критеріїв.

д) Реформування потребує передбачена чинною Конституцією процедура та підстави звільнення судді з посади. З цієї процедури мають бути вилучені як Верховна Рада України, так і Президент України (навіть за умов призначення ним суддів), які, як підтверджує вітчизняний досвід, надто часто привносять у процес звільнення суддів політичний підтекст.

е) З Конституції України доцільно вилучити таку підставу для звільнення, як «порушення суддею присяги», у зв'язку з її невизначеністю, замінивши її більш чітко сформульованою підставою чи підставами з урахуванням європейських і міжнародних стандартів та досвіду інших країн.

є) Органом, який приймає рішення про звільнення судді з посади, має бути якщо не суд (хоч така практика в Європі існує), то, принаймні, орган, в якому переважають судді – оновлена

ВРЮ. Доцільно передбачити можливість оскарження до суду рішення ВРЮ про звільнення судді.

ж) У Конституції необхідно чіткіше викласти підстави для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності, зокрема за порушення строків провадження у справі. Вони мають бути окреслені Конституцією з використанням терміна «розумні», який відповідає європейським і міжнародним стандартам.

з) Слід відмовитися від нинішнього формулювання Конституції, відповідно до якого утворення судів («у визначеному законом порядку», якого насправді не існує) належить до повноважень Президента (п. 23 ст. 106). Як засвідчив наш досвід, це повноваження нерідко використовувалося Президентом у певних політичних інтересах. Навіть чинній Конституції не відповідає наділення Президента повноваженням щодо ліквідації судів. Суди мають утворюватися і ліквідуватися виключно законом, на що цілком слушно звертає увагу у своєму висновку Венеціанська комісія, і що необхідно зафіксувати у Конституції.

и) Особливої уваги заслуговують формулювання Конституції, які стосуються однієї з найгостріших проблем судової реформи – статусу Верховного Суду України. Він у нинішній його інтерпретації законом «Про судоустрій...», як зазначалося, фактично втратив статус не тільки «найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції», а й органу правосуддя взагалі. У Конституції мають бути чітко визначені повноваження ВСУ, які відповідали б його високому призначенню «найвищого судового органу...».

До них варто віднести:

– перегляд справ, у яких має місце неоднакове застосування норм права (включаючи процесуальні) судами різних спеціалізованих юрисдикцій (а не лише вищими спеціалізованими судами, як це має місце у чинному законі);

– перегляд справ, у яких має місце однакове, але неправильне застосування судами однієї і тієї ж норми, або коли однакове застосування судами норми закону чи іншого нормативного

акта суперечить Конституції України та вимогам верховенства права;

– перегляд справ у разі порушення Україною міжнародних зобов'язань під час вирішення справи судами, встановленого відповідною міжнародною судовою установою, юрисдикція котрої визнана Україною.

Питання про провадження по таких справах має вирішувати сам ВСУ на основі прямого звернення сторін до ВСУ з клопотанням про перегляд справ з названих підстав, а не на основі рішень (допуску) вищих спеціалізованих судів, як це передбачено законом «Про судоустрій та статус суддів» або, принаймні, сторони мають мати право оскаржувати рішення вищих спеціалізованих судів про недопуск справи до перегляду у ВСУ.

Необхідно повернути ВСУ також касаційні повноваження з окремих видів справ.

Окреслені повноваження ВСУ визначені з урахуванням нинішньої структури судової системи, орієнтованої на «судцільну спеціалізацію», котра, як здавалося, мала сприяти децентралізації судової влади, отже, зменшенню впливу на неї з боку Президента, органів законодавчої та виконавчої влади і їхніх керівників. Цього, однак, не сталося.

Тому під час внесення змін до Конституції не виключається повернення до триланкової інстанційної судової системи, яка успішно функціонує в багатьох країнах Європи, у тому числі в наших сусідів.

Змінені функції і повноваження ВСУ мають бути чітко виписані у Конституції з тим, щоб він зберігав свій конституційний статус найвищого органу в системі судів загальної юрисдикції, а не був заручником політичних органів та спеціалізованих судів.

і) Гарантії суддівської недоторканності, яка має корелюватися з депутатською недоторканністю, повинні бути покладені Конституцією не на Верховну Раду України, а на політично незалежний орган, яким може бути оновлена відповідно до Конституції ВРЮ.

Пропоновані зміни до Конституції України щодо подальшого реформування судової системи, очевидно, не є вичерпними. Деякі питання, які можуть знайти своє відображення у зміненому Основному Законі, потребують додаткового обговорення (наприклад, щодо системи суддівського самоврядування, яка за законом про судоустрій, як слушно зазначалось у висновках Венеціанської комісії, надто громіздка і суперечлива; про доцільність включення до складу ВРЮ політиків, зокрема народних депутатів України, оскільки конституційна практика європейських країн у цьому плані неоднорідна – від прямої заборони перебування у складі органів, аналогічних ВРЮ України, депутатів парламенту до встановлення обов'язкового їх представництва у таких органах, щоправда, кількісно обмеженого, тощо).

Зміни до Конституції України – це хоч і надзвичайно важливий і вкрай необхідний крок на шляху глибинного реформування судової системи, проте самі по собі вони також не в змозі гарантувати її незалежність, неупередженість і доброчесність. Ці якості судової системи можуть стати реальністю лише тоді, коли положення Конституції неухильно виконуватимуться. Але для цього необхідна належна духовна атмосфера в суспільстві, подолання того брутального правового нігілізму, особливо в найвищих ешелонах влади, який ми спостерігаємо сьогодні, і що головне – зміна менталітету і стилю мислення самих суддів. Намагання впливу на суд будуть, очевидно, завжди. І без спротиву самих суддів такому впливу суд незалежним ніколи не стане. А для цього потрібні як професіоналізм, так і високі моральні якості, однією з визначальних серед яких мала би стати самоповага суддів, яка нині спостерігається, на жаль, не часто.

У нарисі розкривається поняття верховенства права, його співвідношення з поняттям правової держави, дається коротка характеристика основних складових – вимог верховенства права: поваги до прав і свобод людини, верховенства конституції, розподілу влади, законності, обмеження дискреційних повноважень,

визначеності, пропорційності, правової безпеки і захисту довіри, незалежності суду і суддів. Значна увага під час характеристики їх приділяється аналізу стану та перспектив утвердження верховенства права в Україні.

Ключові слова: верховенство права, правова держава, права і свободи людини, верховенство конституції, розподіл влади, законність, дискреції, визначеність, пропорційність, правова безпека і захист довіри, незалежність суду і суддів.