

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
ДЕРЖАВНИЙ ВИЩИЙ НАВЧАЛЬНИЙ ЗАКЛАД
«УЖГОРОДСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ»
ЮРИДИЧНИЙ ФАКУЛЬТЕТ

**КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ
АКАДЕМІЧНІ СТУДІЇ**

Випуск 2



Видавничий дім
«Гельветика»
2019

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор:	Бисага Ю.М. – д.ю.н., професор, Заслужений юрист України
Заст. гол. редактора:	Бєлов Д.М. – д.ю.н., професор
Відповідальний секретар:	Рогач О.Я. – д.ю.н., професор
Члени редколегії:	Алмаші М.М. – к.ю.н., доцент Бєдє В.В. – д.ю.н., д. богослов.н., професор Бєрназюк Я.О. – д.ю.н., професор Гомонай В.В. – к.ю.н., доцент Греца С.М. – к.ю.н., доцент Громовчук М.В. – к.ю.н., доцент Жежихова Мартина – к.ю.н., доцент (Словацька Республіка) Колодій А.М. – д.ю.н., професор, заслужений юрист України Крусян А.Р. – д.ю.н., професор Ковач Юліус – д.ю.н., професор (Панєвропська висока школа, м. Братіслава, Словацька Республіка) Лазур Я.В. – д.ю.н., професор Лєнгєр Я.І. – к.ю.н., доцент Марцєляк О.В. – д.ю.н., професор Митровка Я.В. – к.ю.н., доцент Мішина Н.В. – д.ю.н., професор Палінчак М.М. – д.політ.н., професор Петрецька Н.І. – к.ю.н., доцент Піфко О.О. – к.ю.н., доцент Приходько Х.В. – д.ю.н., професор Рогач Іван – к.ю.н., доцент (Словацька Республіка) Сарай Р.Д. – к.ю.н., доцент Сєрьогін В.О. – д.ю.н., професор Скрипнюк О.В. – д.ю.н., професор Сєвгиря О.В. – д.ю.н., професор Фрідманський Р.М. – к.ю.н., доцент Фрицький Ю.О. – д.ю.н., професор Різнєк С.В. – к.ю.н., доцент Шємшучєнко Ю.С. – д.ю.н., професор

Журнал «Конституційно-правові академічні студії» є фаховим виданням на підставі Наказу МОН України № 820 від 11.07.2016 (додаток № 12)

**Рекомендовано до друку та поширення через мережу Internet
Вченою радою Державного вищого навчального закладу
«Ужгородський національний університет», протокол № 10 від 21.10.2019 року**

Свідectвo про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації
серія KB № 21083-10883 P, видане Державною реєстраційною службою України 24.11.2014 р.

Засновник: ДВНЗ «Ужгородський національний університет»
Видавець: Видавничий дім «Гельветика»
Офіційний сайт: www.constlegalstudies.in.ua

ISSN 2663-5399 (Print)
ISSN 2663-5402 (Online)

© Ужгородський національний університет, 2019

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

- Барнич К.І.** ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СВОБОДУ ДУМКИ Й СЛОВА, НА ВІЛЬНЕ ВИРАЖЕННЯ СВОЇХ ПОГЛЯДІВ І ПЕРЕКОНАНЬ.....7
- Белкін Л.М.** ПРОБЛЕМА КОНСТИТУЦІЙНОСТІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ» У КОНТЕКСТІ ПОЗИЦІЇ ВЕНЕЦІАНСЬКОЇ КОМІСІЇ.....15
- Левченко А.В.** ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА НА ТАЄМНИЦЮ ЛИСТУВАННЯ, ТЕЛЕФОННИХ РОЗМОВ, ТЕЛЕГРАФНОЇ ТА ІНШОЇ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ.....24
- Міщенко А.В.** ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ОБМЕЖЕННЯ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ.....32
- Чечерський В.І.** ПРАВО ВИБОРУ СТАТІ ДИТИНИ: ПРОБЛЕМИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....40

РОЗДІЛ 2

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ЯК СУЧАСНА НАУКА

- Баймуратов М.О., Бочарова Н.В.** УНІКАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ СУЧАСНОГО ЄВРОПЕЙСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ..... 47
- Кононенко Ю.С., Джолос С.В.** ЧИ СПРАВДІ НАРОД Є ДЖЕРЕЛОМ ВЛАДИ?..... 54

РОЗДІЛ 3

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

- Байрачна Л.К., Федоровська М.А.** DUE PROCESS OF LAW: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ГОЛОВИ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ.....64

Каплін С.М. КЛАСИФІКАЦІЯ ФУНКЦІЇ ПРОФСПЛОК ЯК СУБ'ЄКТІВ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН: ОСНОВНІ ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ.....	74
Курилюк Ю.Б. КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ КРИМІНОЛОГІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИКОРДОННОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ.....	83

CONTENTS

SECTION 1

CURRENT ISSUES OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF HUMAN AND CITIZEN

- Barnych K.I.** CONCEPT AND STRUCTURE OF THE CONSTITUTIONAL-
LEGAL MECHANISM OF THE RIGHT OF FREEDOM OF THOUGHT
AND SPEECH, FREEDOM OF EXPRESSION OF ONE'S
OPINIONS AND BELIEFS.....7
- Bielkin L.M.** THE PROBLEM OF THE CONSTITUTIONALITY
OF THE LAW OF UKRAINE “ON THE CLEANING
OF POWER” IN THE CONTEXT OF THE POSITION
OF THE VENICE COMMISSION.....15
- Levchenko A.V.** TO THE PROBLEM OF DEFINITION
OF THE CONCEPT OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT
TO THE SECRET OF LETTERS, TELEPHONE DISCUSSION,
TELEGRAPHIC AND OTHER CORRESPONDENCE.....24
- Mishchenko A.V.** THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS
OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL SOCIO-ECONOMIC HUMAN
RIGHTS LIMITATION IN EUROPEAN UNION COUNTRIES..... 32
- Checherskyi V.I.** LAW OF CHOICE OF THE CHILD’S SEX:
PROBLEMS OF CONSTITUTIONAL-LEGAL REGULATION..... 40

SECTION 2

CONSTITUTIONALISM AS MODERN SCIENCEA

- Baimuratov M.O., Bocharova N.V.** A UNIQUE STUDY
OF CONTEMPORARY EUROPEAN CONSTITUTIONALISM..... 47
- Kononenko Yu.S., Dzholos S.V.** DO THE PEOPLE
ARE THE SOURCE OF POWER?.....54

SECTION 3

CONSTITUTIONAL AND LEGAL PRINCIPLES OF ORGANIZATION OF ACTIVITY OF STATE AUTHORITIES AND LOCAL GOVERNMENT

- Bairachna L.K., Fedorovska M.A.** DUE PROCESS OF LAW:
ACTUAL PROBLEMS OF BRINGING THE CHAIRMAN
OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE
TO DISCIPLINARY RESPONSIBILITY.....64

Kaplin S.M. CLASSIFICATION OF THE FUNCTION OF TRADE UNIONS AS SUBJECTS OF CONSTITUTIONAL RELATIONS: BASIC DOCTRINAL APPROACHES.....	74
Kuryliuk Yu.B. CONSTITUTIONAL GROUNDS OF CRIMINOLOGICAL ENHANCING OF THE BORDER SECURITY OF UKRAINE.....	83

РОЗДІЛ 1 АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ ЛЮДИНИ І ГРОМАДЯНИНА

УДК 342.7

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.01>

**ПОНЯТТЯ ТА СТРУКТУРА КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО
МЕХАНІЗМУ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА СВОБОДУ ДУМКИ Й СЛОВА,
НА ВІЛЬНЕ ВИРАЖЕННЯ СВОЇХ ПОГЛЯДІВ І ПЕРЕКОНАНЬ**

**CONCEPT AND STRUCTURE OF THE CONSTITUTIONAL-LEGAL
MECHANISM OF THE RIGHT OF FREEDOM OF THOUGHT
AND SPEECH, FREEDOM OF EXPRESSION OF ONE'S
OPINIONS AND BELIEFS**

Барнич К.І.,

*аспірант кафедри конституційного права та порівняльного правознавства
Ужгородського національного університету*

Статтю присвячено дослідженню поняття та структури конституційно-правового механізму реалізації права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, оскільки воно є складним системним утворенням, елементи якого мають дискусійний характер. У статті досліджується етимологія слова «механізм», характеризуються погляди вчених на основні підходи, які склалися в юриспруденції щодо визначення механізму реалізації прав і свобод людини. Звертається увага на висловлені в юридичній науці твердження щодо необхідності розрізнення понять «механізм правового регулювання», «механізм реалізації суб'єктивних прав і свобод», «механізм забезпечення реалізації суб'єктивних прав і свобод», «механізм реалізації прав людини», «механізм забезпечення реалізації прав людини». Наведено різноманітні підходи, які склалися в науці стосовно концепції реалізації конституційних прав і свобод. За результатами проведеного дослідження сформульовано авторське визначення поняття «конституційно-правовий механізм реалізації права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань» як комплексу взаємопов'язаних елементів, за допомогою яких створюються умови для правомірного здійснення права особи на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань. Також визначено структурні елементи вказаного механізму, якими є такі складники: конституційні норми, що закріплюють право на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; нормативно-правові акти, які є зовнішньою формою вираження та закріплення цих норм; саме конституційне право на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, його зміст, структуру та гарантії здійснення; діяльність особи зі здійснення свого права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів

і переконань; обмеження права на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; суб'єкти (органи державної влади, місцевого самоврядування, їхні службові та посадові особи); інтерпретаційно-правові акти, що містять роз'яснення змісту правових норм; акти застосування норм права (індивідуально-правові); юридичні факти.

Ключові слова: конституційно-правовий механізм, реалізація, свобода думки, свобода слова, свобода вираження, структура.

Постановка проблеми. Відповідно до ст. 3 Конституції України утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави. Держава має створити ефективний механізм реалізації, охорони та захисту прав і свобод людини й громадянина [1, с. 10]. Право на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань є одним із фундаментальних прав людини, що гарантоване в конституційному порядку. Провідною підсистемою механізму забезпечення цього конституційного права є механізм реалізації [2, с. 4–5]. При цьому механізм реалізації права на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань є складним системним утворенням, елементи якого мають дискусійний характер. Сам же механізм характеризується як такий, що потребує вдосконалення.

У вітчизняній і зарубіжній юридичній науці це питання є малодослідженим. Різноманітні аспекти механізму реалізації права, механізму реалізації прав і свобод людини й громадянина, у тому числі конституційно-правового, були предметом досліджень як вітчизняних, так і зарубіжних учених, зокрема Т. Альберда, Д. Белова, Ю. Бисаги, В. Боровікової, Л. Дешко, А. Колодія, О. Мельничук, Н. Мішиної, В. Новікова, А. Олійника, О. Орлової, О. Совгирі, Ю. Тодики, К. Шундікова. Водночас комплексні наукові дослідження щодо конституційно-правового механізму реалізації права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань відсутні.

Зазначене свідчить про актуальність, практичну та теоретичну необхідність дослідження конституційно-правового механізму реалізації права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

Метою статті є визначення поняття та елементів структури конституційно-правового механізму реалізації права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

Виклад основного матеріалу. Права людини та громадянина, безумовно, є головним елементом правового статусу особи, однак вони говорять лише про потенційну можливість особи набувати певні передбачені ними блага, саме ж користування цим правом охоплюється поняттям «реалізація права» та свідчить про його виведення зі статичного стану (стану спокою) у стан дії (стан здійснення) [3, с. 132].

Сутність реалізації, за визначенням О. Орлової, полягає в переведенні можливостей індивіда, які передбачені в його правах та обов'язках, у реальну поведінку [4, с. 71]. Однак для реалізації задекларованого права має існувати механізм його реалізації.

Насамперед вважаємо за доцільне торкнутися питання етимології слова «механізм», адже ще середньовічний мислитель Ісидор Севільський свого часу зауважив: «Якщо вам відома етимологія слова, ви точніше розумієте явища світу навколо» [5]. Слово «механізм» узяті з грецької мови на початку XIX століття у значенні пристрою, який приводить будь-що в дію. Потім з'явилося значення системи, яка визна-

час порядок якої-небудь діяльності. Пізніше спектр значень розширився – під механізмом стали розуміти сукупність станів або процесів, які визначають будь-яке явище [6]. У «Великому тлумачному словнику сучасної української мови» механізм трактується як внутрішня будова, система чого-небудь, сукупність станів і процесів, з яких складається певне фізичне, хімічне та інше явище [7, с. 523].

Це поняття спочатку використовувалося переважно в технічних науках, пізніше його стали вживати й у юридичних науках. Одним із перших, хто запровадив категорію «механізм» в активний юридико-лінгвістичний оборот, як зазначає Т. Альберда [8, с. 65], був Ю. Тодика, який вказував на те, що не досить мати матеріальні норми, розвинену систему законодавства, потрібні також чіткі механізми їх втілення в життя, що повною мірою стосується конституційно-правової сфери [9, с. 336–337].

Як стверджує К. Шундіков, характеристика явища чи процесу як механізму (у найширшому змістовому значенні цього поняття) передбачає, по-перше, складність його структурної побудови; по-друге, системність, узгодженість організації його елементів; по-третє, здатність до динаміки, визначеної цілеспрямованої діяльності; по-четверте, його схильність до самоуправління або до зовнішнього управління [10, с. 13].

В. Новіков та В. Боровікова під час дослідження механізму реалізації прав і свобод людини виділяють два основні підходи, які склалися в юриспруденції щодо його визначення, – інструментальний і діяльнісний. Саме останній, на думку вчених, сьогодні вважається більш перспективним, і ми згодні із цим.

У межах інструментального підходу низка авторів, наприклад С. Алексєєв, О. Малько, С. Рабінович, Т. Фалькіна та інші (з деякими відмінностями в

поглядах), визначають механізм реалізації прав як блок регулятивних та охоронних правових засобів різного рівня, сукупність юридичних засобів, за допомогою яких втілюється об'єктивне й суб'єктивне право, реалізуючись у фактичній поведінці суб'єктів. Прибічники діяльнісного підходу (зокрема, О. Негодченко, Ю. Пацурківський) під механізмом реалізації розуміють комплекс взаємозалежної правової діяльності носія права та зобов'язаних суб'єктів (правозастосовних органів), спрямований на те, щоб особистість користувалася соціальним благом. Причому дослідники підкреслюють, що діяльність людини – носія права характеризується як правомірна, часто активна (за безпосередньої реалізації прав і свобод). А діяльність держави проявляється через здійснення функцій: охоронної, захисної, контрольної, правозастосовної тощо [11, с. 48].

Дослідники, які виходять із позицій діяльнісного підходу, на переконання О. Мельничук [12, с. 24], вбачають у реалізації прав і свобод не лише «певний процес, регламентований нормами права, демократичний за своїм змістом і формами здійснення, що забезпечує кожному громадянину ті матеріальні й духовні блага, які містяться в основі належних йому суб'єктивних прав», а й захист цих прав від будь-яких посягань [13, с. 50].

Як стверджує О. Скакун, механізми реалізації, охорони та захисту є основними підсистемами механізму забезпечення основних прав і свобод людини. Механізм реалізації прав людини містить заходи, спроможні створити умови для реалізації прав і свобод людини. Механізм охорони прав людини містить заходи з профілактики правопорушень для утвердження правомірної поведінки особи, а механізм захисту прав людини – заходи, що приводять до відновлення порушених прав неправомірними діями та відповідальності

особи, яка вчинила ці правопорушення [14, с. 190].

А. Олійник наголошує на тому, що необхідно розрізняти поняття «механізм правового регулювання», «механізм реалізації суб'єктивних прав і свобод», «механізм забезпечення реалізації суб'єктивних прав і свобод». Їх відмінність полягає в різному функціональному призначенні. Механізм правового регулювання призначений для нормативного регулювання та реалізації правових норм об'єктивного права у формах дотримання, виконання, використання й правозастосування. Механізм реалізації прав, свобод і обов'язків людини та громадянина призначений для втілення в життя соціальних благ, що закріплені за суб'єктом нормами об'єктивного права. Механізм же забезпечення реалізації суб'єктивних прав, свобод та обов'язків вимагає активної діяльності державних органів чи органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян або їх посадових і службових осіб для створення умов щодо реалізації прав, свобод та обов'язків (гарантування), а також для охорони, захисту та здійснення певних заходів щодо відновлення порушених прав, свобод та обов'язків [15, с. 151].

Дотримуючись схожої позиції щодо розрізнення вказаних понять, О. Олькіна зазначає, що поняття «механізм реалізації прав людини» відображає рух властивостей людини до своїх цілей та задоволення природних потреб, а поняття «механізм забезпечення реалізації прав людини» – практику функціонування спеціального механізму, призначеного для гарантування процесу втілення в життя правових можливостей людини [16, с. 387]. Вчена констатує, що механізм забезпечення прав і свобод людини та громадянина є широким поняттям, зміст якого становлять реалізація, охорона й захист прав і свобод людини та громадянина [16, с. 386].

Відсутність комплексного розроблення наукової концепції механізму реалізації конституційних прав і свобод, як вказують М. Саудаханов та С. Єгоров, здійснила свій вплив і на вивчення вченими-конституціоналістами проблеми реалізації кожного з видів основних прав. Ці вчені виділяють певні підходи, що склалися в науці щодо концепції реалізації конституційних прав і свобод. Перший підхід вирізняється дослідженням загалом структури механізму реалізації будь-якого конституційного права як багатоступінчастого процесу, деякі стадії якого мають певну схожість з елементами, що становлять структуру механізму правового регулювання. Другий підхід передбачає системний розгляд окремих елементів механізму реалізації прав, які можуть мати певну послідовність або застосовуватися згідно з об'єктивною чи суб'єктивною необхідністю. Третій підхід полягає у вивченні правовідносин, які виникають на окремих, індивідуально визначених стадіях реалізації конкретного конституційного права. Четвертий підхід характеризується дослідженням конституційного механізму реалізації конкретного права через розгляд питань про юридичну природу цього права, рівні та механізм реалізації конституційних норм, умов і принципів забезпечення реалізації основних прав, способів їх реалізації, форм реалізації права [17, с. 42].

З огляду на зазначене надаємо визначення механізму реалізації конституційних прав і свобод як сукупності засобів та форм реалізації суб'єктивного права, а також таких, що послідовно змінюють одна одну, стадій багаторівневого процесу, на яких ці засоби приводяться в рух. До останніх належать конституційний статус, головними складниками якого є конституційні норми, що встановлюють цей статус, а також конституційні правовідносини; конкретизація прав та обов'язків у

галузевому законодавстві, у тому числі обмежень права; активна поведінка суб'єкта у формі дотримання, використання, виконання правових приписів; виконання обов'язків уповноваженим державним органом, у тому числі тих, що забезпечують процес реалізації конституційного права; користування суб'єктом конкретним соціальним благом; активна поведінка суб'єкта з відновлення й захисту порушеного права, чому кореспондує обов'язок уповноважених державних органів з охорони та захисту права суб'єкта [17, с. 42–43].

За визначенням А. Колодія та А. Олійника, механізм реалізації конституційних прав, свобод та обов'язків людини й громадянина – це відокремлена сукупність конституційних елементів, за допомогою яких в умовах додержання законності та з позиції гуманізму й соціальної справедливості кожною людиною та громадянином України здійснюються його конституційні можливості, знешкоджуються ті негативні умови, які можуть завдати шкоди практичному втіленню можливого в повсякденне життя. На думку вчених, структурні елементи вказаного механізму в широкому розумінні є такими: а) конституційні норми, що закріплюють суб'єктивні права; б) самі конституційні права та свободи, їх зміст, структура й гарантії здійснення; в) юридичні обов'язки; г) юридична діяльність, що є сутністю реалізації конституційного права; ґ) законність і правосвідомість людини та громадянина, які забезпечують правильне розуміння ними своїх конституційних прав, свобод та обов'язків і кожного права окремо, шляхів їх реалізації; д) стадії реалізації кожного конкретного конституційного права [18, с. 219].

Під час реалізації конституційних прав, свобод та обов'язків, як зазначає А. Олійник, сам уповноважений суб'єкт діє в напрямі втілення певної можливості в дійсність, використовуючи при

цьому механізм реалізації суб'єктивних прав, свобод та обов'язків, тобто єдність правових засобів, за допомогою яких матеріалізуються права, свободи людини й громадянина, вони виконують обов'язки [15, с. 153]. Науковець також підкреслює, що механізм реалізації конституційних свобод діє до того часу, доки людина самостійно здатна втілювати в життя соціальні блага, що закріплені за нею уповноважуваними нормами об'єктивного права. У тих випадках, коли порушується така можливість або створюється загроза її порушення, настає час для включення в дію механізму забезпечення суб'єктивних можливостей людини й громадянина [15, с. 156].

Стаття 34 Конституції України [19] закріплює за кожним гарантованість прав на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

У науковій літературі під свободою думки розуміється гарантоване абсолютне право індивіда дотримуватися своєї думки, не зазнаючи при цьому будь-яких зовнішніх втручань та ідеологічного контролю; під свободою слова – гарантоване право індивіда вільно та публічно викладати свої думки (погляди, ідеї), будь-яку інформацію у формі слів (вимовлених, письмових або друкованих засобів); під свободою вираження – гарантоване право або можливість вільного вияву в будь-якій формі, навіть безсловесній (символічне вираження) [20, с. 394].

Під суб'єктивним юридичним правом людини на свободу вираження поглядів Л. Ярмол розуміє можливість людини вільно виражати свої погляди, збирати, шукати, одержувати, фіксувати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію й ідеї усно, письмово або в інший спосіб на свій вибір [21, с. 381].

Як зазначає О. Белянська, механізм реалізації прав особи включає реалізацію

у формі правозастосування та у формі безпосередньої реалізації [22, с. 13]. Під механізмом безпосередньої реалізації прав і свобод особи науковець пропонує розуміти комплекс правових засобів, а також самостійних дій особи з реалізації своїх прав і свобод із метою більш повного їх використання. До структурних елементів механізму безпосередньої реалізації прав і свобод особи вчена відносить правові норми, юридичні факти, діяльність особи зі здійснення свого права, охорону й захист прав особи (у тому числі самозахист), процедури, гарантії [22, с. 10]. О. Белянська відносить право на свободу думки та слова до прав і свобод, які реалізуються безпосередньо.

Водночас Л. Ярмол підкреслює, що хоча в більшості випадків реалізація свободи вираження поглядів здійснюється власними діями людини безпосередньо та не потребує встановлення юридичних процедур, проте в низці ситуацій реалізація свободи вираження поглядів все ж вимагає встановлення механізму реалізації (наприклад, реалізація свободи вираження поглядів дітьми, здійснення свободи вираження поглядів під час мирних зібрань, одержання дозволу для отримання доступу до відповідної інформації тощо) [21, с. 249–250].

Натомість М. Дубровіна, досліджуючи право на свободу думки й слова, дійшла висновку, що конституційно-правовий механізм реалізації права на свободу думки та слова включає в себе декілька елементів, зокрема такі: 1) закріплення цього права в нормах Конституції України та конкретизацію його в законодавстві; 2) закріплення кола суб'єктів гарантування права на свободу думки та слова; 3) визначення передумов, умов, засобів і способів реалізації права на свободу думки та слова; 4) виділення юридичних засобів охорони й захисту цього права; 5) дотримання конституційних меж обмеження права на свободу

думки та слова [23, с. 113]. Однак ми не можемо погодитися із запропонованою структурою, оскільки вона характеризує механізм забезпечення, а не реалізації вказаного права.

Висновки. Таким чином, на підставі проведеного дослідження можемо зазначити, що конституційно-правовий механізм реалізації права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань є однією з підсистем конституційно-правового механізму забезпечення права на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань та може бути визначений як комплекс взаємопов'язаних елементів, за допомогою яких створюються умови для правомірного здійснення права особи на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань.

На нашу думку, до структурних елементів конституційно-правового механізму реалізації права на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань варто віднести такі складники: конституційні норми, що закріплюють право на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; нормативно-правові акти, які є зовнішньою формою вираження й закріплення цих норм; саме конституційне право на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань, його зміст, структуру й гарантії здійснення; діяльність особи зі здійснення свого права на свободу думки та слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; обмеження права на свободу думки й слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань; суб'єктів (органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їхніх службових і посадових осіб); інтерпретаційно-правові акти, що містять роз'яснення змісту правових норм; акти застосування норм права (індивідуально-правові); юридичні факти.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Deshko L. European Standards of Human Rights : Course book. Donetsk : Modern Printing (Suchasny Drook), 2013. 142 p.
2. Дешко Л. Конституційне право на звернення до міжнародних судових установ та міжнародних організацій : монографія. Ужгород, 2016. 486 с.
3. Конституційне право України: прагматичний курс : навчальний посібник / М. Афанасьєва, Ю. Бальцій, Ю. Батан та ін. ; за заг. ред. М. Афанасьєвої, А. Єзерова. Одеса : Юридична література, 2017. 256 с.
4. Орлова О. Социально-правовой механизм реализации и защиты прав и свобод личности в гражданском обществе. *Государство и право*. 2008. № 7. С. 71–75.
5. Гров'є К. Вісім слів, які змінили наш спосіб мислення. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/vert-cul-39421188> (дата звернення: 30.09.2019).
6. Фокин Н. Экономический словарь неэкономических понятий. [Б. м.] : Издательские решения, 2016. 432 с. URL: <https://books.google.com.ua/books?id=MU1NDwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=uk#v=onepage&q&f=false> (дата звернення: 30.09.2019).
7. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В. Бусел. Київ ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2003. 1440 с.
8. Альберда Т. Механізм як загальнонаукова і правова категорія («правовий механізм»). *Молодий вчений*. 2013. № 2(02). С. 64–68. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2013_2%2802%29__13 (дата звернення: 30.09.2019).
9. Тодыка Ю. Конституция Украины: проблемы теории и практики : монография. Харьков : Факт, 2000. 608 с.
10. Шундилов К. Правовые механизмы: основы теории. *Государство и право*. 2006. № 12. С. 12–21.
11. Новіков В., Боровікова В. Про механізм реалізації прав і свобод людини. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 3. С. 45–56. URL: http://www2.lvduvs.edu.ua/documents_pdf/visnyky/nvsv/nvsv_03_2018/07.pdf (дата звернення: 28.09.2019).
12. Мельничук О. Реалізація прав людини на освіту: сутність та механізм. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2012. № 3. С. 23–29.
13. Реализация прав граждан в условиях развитого социализма / Е. Аграновская, Н. Витрук, Л. Завадская и др. ; отв. ред. Е. Лукашева. Москва : Наука, 1983. 264 с.
14. Скакун О. Теорія держави і права : підручник. Пер. з рос. Харків : Консум, 2001. 656 с.
15. Олійник А. Конституційно-правовий механізм забезпечення основних свобод людини і громадянина в Україні : монографія. Київ : Алерта ; КНТ ; Центр навчальної літератури, 2008. 472 с.
16. Проблеми сучасної конституціоналістики : навчальний посібник / Н. Аніщук, М. Афанасьєва, Н. Бакаянова та ін. ; за заг. ред. А. Крусян та А. Єзерова. Київ : Юрінком Інтер, 2018. 524 с.
17. Саудаханов М., Егоров С. Реализация права граждан на свободное использование своих способностей для занятия предпринимательством: понятие и содержание. *Вестник Московского университета МВД России*. 2014. № 3. С. 38–44. URL: <https://cyberleninka.ru/article/v/realizatsiya-prava-grazhdan-na-svobodnoe-ispolzovanie-svoih-sposobnostey-dlya-zanyatiya-predprinimatelstvom-ponyatie-i-soderzhanie> (дата звернення: 20.09.2019).
18. Колодій А., Олійник А. Права людини і громадянина в Україні : навчальний посібник. Київ : Юрінком Інтер, 2003. 336 с.
19. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР (зі змінами й доповненнями) / Верховна Рада України. *Офіційний вісник України*. 2010. № 72/1. С. 2598.
20. Тітко Е. Стандарти та розуміння права на свободу вираження поглядів на теренах України. *Часопис Київського університету права*. 2011. № 4. С. 393–398. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkur_2011_4_97 (дата звернення: 01.08.2019).

21. Ярмол Л. Свобода вираження поглядів та проблеми юридичного забезпечення її реалізації в Україні (теоретико-правове дослідження) : монографія. Львів : Ліґа-Прес, 2018. 464 с.

22. Белянская О. Механизм непосредственной реализации прав и свобод личности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Саратов, 2003. 26 с. URL: <https://dlib.rsl.ru/viewer/01002646473> (дата звернення: 02.08.2019).

23. Дубровина М. Защита конституционного права на свободу мысли и слова в современной России : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.02. Саратов, 2007. 208 с.

The article is devoted to the study of the concept and structure of the constitutional-legal mechanism of the exercise of the right to freedom of thought and speech, freedom of expression of one's opinions and beliefs, since such is a complex systematic formation whose elements are debatable. The etymology of the word "mechanism" is first of all investigated in the article. Attention is drawn to the statements made in legal science about the need to distinguish between the concepts of "mechanism of legal regulation", "mechanism of realization of subjective rights and freedoms", "mechanism of ensuring the realization of subjective rights and freedoms", "mechanism of realization of human rights", "mechanism ensuring the realization of human rights". The various approaches that have developed in the science of the concept of realization of constitutional rights and freedoms are presented. According to the results of the research, the author defines the concept of "constitutional and legal mechanism for the exercise of the right to freedom of thought and speech, freedom of expression of one's opinions and beliefs" as a set of interrelated elements, through which the conditions for the legitimate exercise of a person's right to freedom of thought and speech, freedom of expression of one's opinions and beliefs. It also defines the structural elements of the said mechanism: constitutional norms that enshrine the right to freedom of thought and speech, freedom of expression of one's opinions and beliefs; legal acts: normative legal acts, which are the external form of expression and consolidation of these norms; the constitutional right to freedom of thought and speech, freedom of expression of one's opinions and beliefs, to its content, structure and guarantees of realization; the activity of a person to exercise his or her right to freedom of thought and speech, freedom of expression of one's opinions and beliefs; restrictions on the right to freedom of thought and speech, freedom of expression of one's opinions and beliefs; subjects (state authorities, local self-government, their officials); legal acts that provide clarification of the content of legal rules; acts of application of the rules of law (individual legal); legal facts.

Key words: constitutional-legal mechanism, realization, freedom of thought, freedom of speech, freedom of expression, structure.

УДК 342.413

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.02>

**ПРОБЛЕМА КОНСТИТУЦІЙНОСТІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ
«ПРО ОЧИЩЕННЯ ВЛАДИ» У КОНТЕКСТІ ПОЗИЦІЇ
ВЕНЕЦІАНСЬКОЇ КОМІСІЇ**

**THE PROBLEM OF THE CONSTITUTIONALITY OF THE LAW
OF UKRAINE “ON THE CLEANING OF POWER” IN THE CONTEXT
OF THE POSITION OF THE VENICE COMMISSION**

Белкін Л.М.,

*кандидат технічних наук, старший науковий співробітник,
адвокат індивідуальної практики*

Розглядаються висновки Венеціанської комісії щодо Закону України від 16.09.2014 № 1682-VII «Про очищення влади» (про «люстрацію») порівняно з положеннями Конституції України. Наголошено, що практика люстрації у європейських країнах виробила європейські стандарти в галузі люстрації, які в основному впливають з трьох джерел: Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод та практики Європейського Суду з прав людини; прецедентного права національних конституційних судів; Резолюцій ПАРЄ 1096 (1996) та 1481 (2006). У Резолюції 1096 (1996) сформульовані «Керівні принципи для забезпечення відповідності закону про люстрацію та аналогічних адміністративних заходів вимогам держави, заснованої на принципі верховенства права». Комісія поставила під сумнів прийнятність застосування люстрації до державних службовців, які працювали у період, коли країною керував Президент В. Янукович. Хоча Комісія і визнала, що ситуація з демократичними гарантіями у той період почала погіршуватися, але, незважаючи на них, пан Янукович не отримав повну політичну, ідеологічну та економічну монополію по всій країні. Крім того, Україна є державою-членом Ради Європи з 1995 року і як така пройшла моніторинг на предмет відповідності європейським стандартам. Широкомасштабні заходи люстрації щодо цього конкретного періоду ставлять під сумнів фактичне функціонування правової та нормативно-правової бази України як демократичної держави, заснованої на принципі верховенства права. Враховуючи висновки Комісії щодо невідповідності норм цього Закону Конституції України, зокрема, задекларованим нею принципам верховенства права, презумпції невинуватості та індивідуальної відповідальності, немає жодних перешкод для визнання цього Закону неконституційним. У статті здійснене порівняння реакції прихильників люстрації, коли люстрація могла торкнутися них самих.

Ключові слова: неконституційність, люстрація, верховенство права, презумпція невинуватості, індивідуальна відповідальність.

Постановка проблеми. Останнім часом відновився інтерес юристів і суспільства загалом до Закону України від 16.09.2014 № 1682-VII «Про очищення влади» (закон про «люстрацію») (далі – ЗУ № 1682-VII) та дискусії з цього питання, зокрема, і у зв'язку

із внесенням у Верховну Раду України законопроєкту від 11.07.2019 № 10444 щодо розширення люстрації і на топ-чиновників періоду після 2014 року¹. І хоча цей законопроєкт було відкликано

¹ URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66202.

29.08.2019, цікаво проаналізувати реакцію прихильників люстрації, коли люстрація могла торкнутися них самих. Крім того, необхідно пам'ятати, що ще з періоду активного застосування ЗУ № 1682-VII залишилися нерозглянутими судові позови осіб, які постраждали від «люстрації», що пов'язане із незавершеністю розгляду Конституційним Судом України (КСУ) питання конституційності ЗУ № 1682-VII. Отже, тема є актуальною.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Наукові дослідження у сфері застосування процедури люстрації досить нечисленні. Більшість виконаних робіт присвячена аналізу досвіду та результатів люстрації у країнах Центральної та Східної Європи у період подолання посткомуністичного надбаня та спробам перенести цей досвід в українські реалії [1–4, деякі інші], хоча внаслідок об'єктивних причин таке перенесення досвіду не є вдалим [4].

Дослідження безпосередньо українських умов люстрації можна умовно поділити на 2 групи: ті, що виконувалися у період підготовки люстраційного законодавства (період позитивних сподівань) [5; 6], та ті, що виконувалися після набуття ним чинності. Так, у роботі [5] припускається, що українські громадяни нині активно вимагають застосування люстраційних процесів у політиці нашої держави як продовження демонтажу «чинної влади». У статті [6] вказується, що «наша держава нині стоїть на порозі здійснення довгоочікуваних заходів, які мають подолати явища, такі як кумівство, клановість, nepotизм, створити універсальне «сито», яке дасть змогу нам відсіяти «старорежимних» і корумпованих чиновників, зрадників, прихильників сепаратистів та терористів, що сприятиме підвищенню довіри до державного апарату та значно полегшить процес реформ». Правда, при цьому робиться попередження, що «нинішнім люстраторам у

жодному разі не потрібно керуватися можливістю застосування некерованої політичної розправи, щоб вони самі згодом не стали люстрованими». Зазначимо, що у контексті пропонованого законопроекту № 10444 цей прогноз міг стати цілком реальним.

Досвід практичного застосування в Україні законодавства про люстрацію зробив його оцінку значно стриманішою: від помірно песимістичної [7–10] до повністю негативної [11]. Наприклад, у статті [10] автор застерігає, що «нові», які обіймуть звільнені посади замість «люстрованих», не позбавлені бажання швидкого збагачення за рахунок корупції... Прихід «нових» може не привести до якісних змін. Це, власне, надалі і відбулося: через 4 роки після Революції Гідності об'єктивні експерти все впевненіше заявляли про повернення в Україну старих корупційних схем [12; 13 та ін.]. У статті [11] наголошується, що люстраційні процеси в Україні за сучасних умов набувають рис виключно засобу легітимації «нового політичного режиму», що створює певну показовість та ілюзорність очищення влади.

У низці статей [6; 9; 14] звертається увага, що люстраційні закони та процедури не мусять мати екстраординарний характер та допускати порушення прав людини, які (порушення) несумісні з принципами демократичної правової держави, щодо чого склалася практика Європейського Суду з прав людини (ЄСПЛ). У статті [15] зазначається, що правозахисники та експерти розкритикували закон № 1682-VII як такий, що не відповідає європейським та міжнародним нормам прав людини і прийнятий з порушенням процедури. Однак сам автор, очевидно, таку точку зору не поділяє, оскільки стверджує, що вдалося створити якісний закон, про що свідчить той постійний опір, який відчувався в процесі написання й ухвалення закону.

Натомість відомий правозахисник Є. Захаров різко розкритикував Закон № 1682-VII, зазначивши, що закон ухвалив «згвалтований парламент» та назвав це ухвалення «великою поразкою демократії». Правозахисник відзначив порушення процедури розгляду законопроекту; надмірно широке коло осіб, які будуть проходити люстрацію; відсутність незалежного органу для проведення люстрації; порушення права на приватність; створення ризиків масового звернення постраждалих до ЄСПЛ, «що підриватиме авторитет держави» [16]. У статті [17] автор порушує питання щодо тиску представників влади на українські суди, які розглядають скарги постраждалих від люстрації.

Однак у громаді якимось забувся той факт, що у грудні 2014 року досить розгорнуту оцінку ЗУ № 1682-VII надала Європейська Комісія за демократію через право (Венеціанська комісія). Її висновки можуть слугувати арбітражною думкою в оцінці цього Закону. Окремі питання висновку Венеціанської Комісії в контексті конституційності Закону розглянуті автором у статті [18].

Метою статті є дослідження позиції Венеціанської комісії щодо якості та відповідності принципам верховенства права Закону України від 16.09.2014 № 1682-VII «Про очищення влади» (про «люстрацію»).

Виклад основного матеріалу дослідження. Висновок (проміжний) № 788/2014 щодо Закону «Про очищення влади» (закон про «люстрацію») в Україні схвалений Венеціанською комісією (далі – Комісія) на її 101-й Пленарній сесії (Венеція, 12–13 грудня 2014 р.). Розгляд здійснений па підставі листа від 03 жовтня 2014 року Голови Комітету з моніторингу Парламентської Асамблеї Ради Європи (ПАРЄ) щодо думки Венеціанської комісії щодо даного Закону. Тобто українська влада за аналогічним висновком не зверта-

лася. Висновок доступний на сайті Комісії українською² та англійською³ мовами. Далі викладення ведеться за україномовним текстом Висновку.

Принагідно для порівняння згадаємо, що у період обговорення законопроекту № 10444 (2019) заступник Міністра юстиції України С. Петухов вимагав надіслати цей законопроект до Венеціанської комісії. Чиновник заявив, що «розширена» люстрація не відповідає критеріям рішень ЄСПЛ, і, як завжди у випадках загроз для чиновництва, «клявся» цінностями Революції Гідності⁴. При цьому якимось «забулося», що у 2014 р. Мін'юст не тільки не звертався із цим питанням до Венеціанської комісії, але й не сприяв імплементації її Висновку.

Розглядаючи Висновок Венеціанської комісії, слід прямо зазначити, що, попри звичайний стиль толерантності висновків Комісії, у цьому Висновку Комісія не шкодувала негативних оцінок прийнятому Закону. Об'єктивні українські юристи назвали цей Висновок «передбачуваним»⁵.

Перш за все у своєму Висновку Комісія вказала, що закон про люстрацію чи аналогічні закони, які приймаються у державах, що вважають себе демократичними та прихильними принципам верховенства права, не мають носити екстраординарний характер та вибиватися із загальноправового контексту таких держав та мають відповідати європейським стандартам у галузі люстрації, на що звертають увагу й українські юристи [6; 9; 14]. У пункті 18 Висновку зазначено, що такі стандарти в основному впливають з трьох

² URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)044-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)044-ukr).

³ URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2014\)044-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2014)044-e).

⁴ URL: https://my.ua/news/cluster/5d285eec4e946722a81df7a3?page=2&first_news_id=9ef63ea5-2643-899b-6f9e-7002a7fe1f2d.

⁵ URL: <https://novosti-n.org/analytic/read/1969.html>.

джерел: Європейської Конвенції з прав людини (далі – Конвенція) та практики ЄСПЛ; прецедентного права національних конституційних судів; Резолюцій ПАРЄ 1096 (1996) про заходи з ліквідації спадщини колишніх комуністичних тоталітарних систем і 1481 (2006) про необхідність міжнародного засудження тоталітарних комуністичних режимів. ПАРЄ у Резолюції 1096 (1996) вказала на «Керівні принципи для забезпечення відповідності закону про люстрацію та аналогічних адміністративних заходів вимогам держави, заснованої на принципі верховенства права» (далі – «Керівні принципи»).

Виходячи з цих Керівних принципів, Венеціанська комісія наголосила, що «мета люстрації має полягати насамперед у захисті демократії від відголосів тоталітаризму, тоді як друга її мета, що підпорядкована реалізації головної мети, має полягати в індивідуальному покаранні осіб, які співпрацювали з тоталітарним режимом». Тому період, до якого належить люстрація, є одним з найважливіших питань. Люстрація як метод боротьби з минулим має застосовуватися до періоду колишньої політичної системи, яка порушувала права людини та людської гідності, а не до наступного періоду, коли була створена нова система, заснована на гарантуванні демократії та прав людини (п. 29 Висновку).

У цьому сенсі Комісія взагалі поставила під сумнів прийнятність застосування люстрації до державних службовців, які працювали у період, коли країною керував Президент В. Янукович. Хоча Комісія і визнала, що ситуація з демократичними гарантіями після приходу В. Януковича до влади почала погіршуватися, але, незважаючи на них, пан Янукович не отримав повну політичну, ідеологічну та економічну монополію по всій країні. Крім того, деякі з негативних явищ, що характеризують цей період, такі як корупція, були

присутніми в українському суспільстві ще до 2010 року. Вищі державні службовці, що працювали під час правління Януковича, ймовірно, вже обіймали свої посади, були також лояльними до колишнього уряду. Нове законодавство щодо боротьби з корупцією вже було ухвалено. Крім цього, слід зазначити, що Україна є державою-членом Ради Європи з 1995 року і як така пройшла моніторинг на предмет своєї демократичності та відповідності європейським стандартам. Звернутися до широко-масштабних заходів люстрації щодо цього конкретного періоду означатиме поставити під сумнів фактичне функціонування правової та нормативно-правової бази України як демократичної держави, заснованої на принципі верховенства права (п.п. 33, 34 Висновку). Зазначене підтверджує правоту тих українських спеціалістів, які ставили під сумнів застосування безпосередньо посттоталітарного досвіду до відносно демократичної системи [4; 10].

Венеціанська комісія відзначила, що принципи здійснення люстрації, закладені у ч. 2 ст. 1 ЗУ № 1682-VII (верховенство права та законність; відкритість, прозорості та публічності; презумпція невинуватості; індивідуальна відповідальність; гарантування права на захист) загалом відповідають європейським стандартам та Керівним принципам. Однак, виходячи з аналізу тексту Закону, Комісія доходить висновку, що фактично ЗУ № 1682-VII не відповідає цим вимогам (п. 64 Висновку). У Законі, як правило, не вимагається встановлення індивідуальної провини незалежним органом. Заборона доступу до державних функцій, що застосовуються до цих осіб, заснована на простому факті обіймання певної посади з подальшою презумпцією винності. Тоді як цей підхід може бути прийнятний щодо осіб, що обіймали високі посади в комуністичний період і деяких найважливіших державних установах під

час правління пана Януковича (вищі посади), у всіх інших випадках вина має бути доведена на основі індивідуальних вчинків. Якщо сам факт належності до партії, організації або адміністративного органу старого режиму є підставою для заборони обіймати державні посади, то така заборона зводиться до форми колективного та дискримінаційного покарання, яка несумісна з нормами в галузі прав людини. Тому люстрація ризикує стати політичним інструментом для придушення опонентів (п. 64 Висновку). Тобто мають рацію українські автори [8], коли зазначають, що одним із основних недоліків інституту люстрації є колективна, а не індивідуальна форма відповідальності за неправомірні дії чи шкоду.

За ЗУ № 1682-VII, вказує Комісія, особи, які підпадають під люстрацію, не мають можливості довести, що, незважаючи на посаду, яку вони обіймали, вони не брали участі в будь-яких порушеннях прав людини і не вживали або не підтримували антидемократичні заходи. Немає жодної можливості посилатися на час, що минув з моменту обіймання посади, або на подальшу поведінку і ставлення. ЗУ № 1682-VII виключає фактор часу в цілому, незалежно від тяжкості минулої поведінки, і це означає, що Закон не відповідає принципу «індивідуальної відповідальності», на якому має бути заснована люстрація (ч. 2 ст. 1 Закону). Навіть добровільної відставки з посади до 22.02.2014 р. не буде досить, щоб звільнити особу від люстрації (п. 65 Висновку).

Варто зазначити, що у період обговорення законопроектів № 10444 (2019) экс-Президент України П. Порошенко вказував, що «попередня люстрація була запроваджена за вбивства на Майдані і політичну відповідальність тих, хто був причетний або схвалював ці вбивства. Попередня люстрація була передбачена за вбивство Небесної

сотні, за підтримку законів 16 січня. За команду, яка закликала Путіна ввести війська в Україну і тим самим сприяла легітимізації російської окупації Криму і Донбасу. Це злочини. Частина цих злочинів – включно з Януковичем – доведена і отримала вирок суду»⁶.

Тобто це визнання означає, що тодішнє керівництво держави свідомо запровадило у ЗУ № 1682-VII принцип колективної відповідальності, принцип помсти, принцип покарання без вини, оскільки явно не всі наступні жертви люстрації раділи розстрілу Небесної сотні і підтримували його, не доведено, що всі вони підтримували закони 16 січня, а судом «доведена» лише «частина», за словами экс-Президента, злочинів.

Венеціанська комісія особливо наголосила, що усталеною судовою практикою ЄСПЛ є застосування статті 6 Конвенції в її кримінальній частині до процедури люстрації (гарантії права на судовий захист). У Резолюції 1096 (1996) вимагається дотримання права на захист, презумпцію невинуватості, поки вина не доведена, а також право на оскарження в суді. Відповідно до вимоги м) Керівних принципів «особа не може бути люстрована в жодному разі без надання повного належного процесуального захисту, зокрема (але не обмежуючись) право на захист, право на очну ставку й оскарження доказів, що використовуються проти неї, право мати доступ до всіх наявних обвинувальних і виправдувальних доказів, право представити власні докази, право мати відкрите слухання, якщо особа просить про це, і право на оскарження в незалежному суді». Комісія також вимагає, що звільнення з посади має бути призупинено під час апеляції і що суд має бути уповноважений скасувати рішення люстраційної

⁶ URL: <https://www.rbc.ua/ukr/news/predyushchaya-lyustratsiya-vvedena-ubiystv-a-1563009503.html>.

комісії у зв'язку з обставинами кожного конкретного випадку. Стаття 1 (ч. 2) ЗУ № 1682-VII підтверджує, що люстрація має бути заснована, зокрема, на презумпції невинуватості і гарантіях права на захист. Проте, вважає Комісія, Закон не забезпечує повноцінних процесуальних гарантій для осіб, які підпадають під люстрацію (п.п. 82–85 Висновку).

Відволікаючись певним чином від викладення Висновку Венеціанської комісії, слід зазначити, що українська влада замість забезпечення належного судового захисту осіб, які потрапляли під люстрацію, вдалася до прямого залякування суддів, що намагалися захистити громадян від сумнівної люстрації. Так, Міністр юстиції України П. Петренко визначав заздалегідь незаконними всі рішення судів, які скасовують звільнення з роботи посадових осіб у порядку так званої «люстрації». Він наполягав, що суди і судді «перебирають на себе функції Верховної Ради, і це питання не тільки порушення закону з боку того чи іншого судді, але це і питання посягання на конституційний лад» (05.12.2014). Міністром як членом Вищої ради юстиції висловлювалися погрози притягувати до відповідальності суддів, які будуть приймати рішення, що не влаштовуватимуть прихильників тотальної «люстрації»⁷.

В іншому разі Міністр П. Петренко заявив⁸: «Цей закон (№ 1682-VII – автор) низкою положень передбачає автоматичну люстрацію. Тобто потрібно тільки встановити, обіймала та чи інша людина конкретну посаду в певний період часу. Це означає, що суди взагалі не мають приймати позови таких осіб. Вони мають повернути позовні заяви без розгляду, не кажучи вже про те, щоб приймати рішення про відновлення люстрованих осіб»

⁷ URL: <http://www.pravda.com.ua/news/2014/12/5/7046573/>.

⁸ URL: http://gazeta.ua/articles/politics/_sudi-nepovinni-prijmati-pozovi-lyustrovanih-chinovnikiv-petrenko/696160.

(05.05.2016). Однак могло бути спірним саме питання про те, чи потрапляє певна конкретна посада у перелік тих, що зумовлює автоматичну люстрацію. Може бути спірним і те, чи працювала «автоматично люстрована» особа на певній посаді термін, який зумовлює таку люстрацію. Немає жодних підстав відмовляти такій особі у судовому захисті. При цьому Міністр якось «забув», що відповідно до чинної на той момент редакції статті 124 Конституції України юрисдикція судів поширюється на всі правовідносини, що виникають у державі. До того ж Кодекс адміністративного судочинства України (КАСУ) не містить відповідних підстав для залишення таких позовних заяв «без розгляду». На цей тиск на суди автор звертав увагу у своїй статті [15].

Венеціанська комісія негативно поставилася до положень ЗУ № 1682-VII щодо оприлюднення відомостей про осіб, які підлягають люстрації. Це положення, вказала Комісія, є проблематичним. Раніше Венеціанська комісія заявляла, що «публікація до ухвалення рішення суду є проблематичною у зв'язку зі статтею 8 Конвенції. Негативний вплив такої публікації на репутацію особи навряд чи може бути усунений пізніше вилученням її імені з реєстру, а потерпілий не має засобів, щоб захистити себе від такого негативного впливу. Останнє може бути адекватним заходом, необхідним у демократичному суспільстві, коли співпраця зі злочинним режимом встановлюється остаточно, а не раніше. Тому публікація має відбуватися тільки після ухвалення рішення суду». У ЗУ № 1682-VII не гарантується, що публікація дозволяється тільки після остаточного рішення суду, що слід вважати несумісним зі статтею 8 Конвенції (п.п. 99, 100 Висновку).

У кінцевому підсумку Комісія сформулювала такі висновки (п. 104):

а) застосування люстраційних заходів до періоду правління радянської

комуністичної влади через стільки років після закінчення цього режиму і вступ у силу демократичної Конституції в Україні потребують переконливих причин, щоб обґрунтувати наявність конкретної загрози для демократії, яку колишні комуністи становлять нині; Комісія вважає, що важко виправдати таку пізню люстрацію;

б) застосування люстраційних заходів стосовно недавнього періоду, протягом якого пан Янукович був Президентом України, зрештою поставить під сумнів реальне функціонування конституційних і правових рамок України як демократичної держави, заснованої на верховенстві права;

с) ЗУ № 1682-VII містить кілька серйозних недоліків і потребує перегляду принаймні таких положень:

- люстрація має стосуватися тільки посад, які можуть справді становити значну загрозу для прав людини та демократії; перелік посад, які підлягають люстрації, має бути переглянутий;

- провина має бути доведена в кожному конкретному випадку і не може припускатися на підставі лише приналежності до категорії державних установ; критерії для люстрації мають бути переглянуті;

- відповідальність за проведення процесу люстрації має бути знята з Міністерства юстиції та покладена на спеціально створену незалежну комісію за активної участі громадянського суспільства;

- процедура люстрації має поважати гарантії справедливого судового розгляду (право на адвоката, рівність сторін, право бути вислуханим особисто); судові розгляди мають призупинити адміністративне рішення про люстрацію до ухвалення остаточного рішення; Закон «Про люстрацію» має конкретно передбачати ці гарантії;

- люстрація суддів має регулюватися лише одним законом а не тими, які перекриваються, і здійснюватися тільки

у разі повної поваги до конституційних положень, що гарантують їх незалежність, і тільки Вища рада юстиції мусить нести відповідальність за будь-яке звільнення судді;

- інформація про осіб, що підлягають люстраційним заходам, має оприлюднюватися тільки після остаточного рішення суду.

Незважаючи на декларативну готовність української влади удосконалити закон за допомогою Венеціанської комісії, з огляду на чинну редакцію ЗУ № 1682-VII жодне із висловлених Комісією зауважень враховано не було.

Виходячи із вказаних висновків Венеціанської комісії щодо невідповідності норм ЗУ № 1682-VII Конституції України, зокрема, задекларованих нею принципів верховенства права, презумпції невинуватості та індивідуальної відповідальності, немає жодних перешкод для визнання цього Закону неконституційним. Більше того, у зв'язку із прийняттям нового КАСУ, який почав застосовуватися із 15.12.2017 року, є підстави для поновлення проваджень за позовами жертв люстрації, які (провадження) були зупинені до вирішення справи у КСУ. Так, згідно з ч. 4 ст. 7 КАСУ, якщо суд доходить висновку, що закон чи інший правовий акт суперечить Конституції України, суд не застосовує такий закон чи інший правовий акт, а застосовує норми Конституції України як норми прямої дії. У такому разі суд після винесення рішення у справі звертається до Верховного Суду для вирішення питання стосовно внесення до КСУ подання щодо конституційності закону чи іншого правового акта, що віднесено до юрисдикції КСУ.

Отже, КАСУ у новій редакції дав змогу суддям самостійно, до вирішення справи про неконституційність певного закону, не застосовувати цей закон під час вирішення справи. Сміливі судді можуть скористатися цим дозволом

для реального захисту прав та інтересів громадян.

Висновки. Венеціанська комісія у Висновку підтвердила негативні оцінки, дані українськими спеціалістами і правозахисниками ЗУ № 1682-VII. З огляду на вказані висновки, немає жодних перешкод для визнання цього закону неконституційним.

Реакція українських топ-чиновників періоду після 2014 року на законопроект від 11.07.2019 № 10444 щодо розширення люстрації і на них засвідчила, що найбільш послідовні та палкі прихильники такої люстрації за ЗУ № 1682-VII не хотіли б власного потрапляння під його дію.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Міненкова Н. Люстрація в Польщі та Чехії: розбіжність типів, чинників та наслідків. *Studia politologica Ucraino-Polona*. 2014. Вип 4. С. 153–157.
2. Міненкова Н. Люстрація як наукова проблема сучасних зарубіжних та вітчизняних досліджень. *Evropsky politicky a pravni diskurz*. 2016. Vol. 3, Iss. 4. С. 90–97.
3. Ніколаєнко Н., Степаненко О. Люстрація в країнах Чорноморського регіону: порівняльний аналіз. *Міжнародні відносини, суспільні комунікації та регіональні студії*. 2017. № 2. С. 123–134.
4. Ковальчук В., Пивовар М. Люстрація як механізм захисту основ демократії та прав людини в Україні. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки*. 2017. № 865. С. 550–556.
5. Степаненко О.Г. Політична люстрація: теоретичні засади поняття. *Наукові праці Чорноморського державного університету імені Петра Могили комплексу «Києво-Могилянська академія». Сер.: Політологія*. 2014. Т. 236, Вип 4. С. 17–20.
6. Ревко І.М. Люстрація по-українськи: проблематика реалізації унікального шансу реанімації влади в нашій державі. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки*. 2015. Вип 2 (1). С. 89–91.
7. Задорожний Ю.А. Люстрація як спосіб оновлення державної влади. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2017. Вип 44(1). С. 15–18.
8. Кутєпов М.Ю., Левицький С.А. Люстрація як засіб запобігання корупції. *Молодий вчений*. 2018. № 1(2). С. 654–659.
9. Шишкіна Е.В. Люстрація і права людини. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2017. Т. 200. С. 21–27.
10. Балабан Р. Люстрація по-українськи. Політологічний аспект: виклики і перспективи. *Наукові записки Інституту політичних і етнонаціональних досліджень ім. І.Ф. Кураса НАН України*. 2016. Вип 2. С. 117–138.
11. Люстрація в Україні як засіб легітимації нового політичного режиму / С.В. Бондаренко, І.А. Зайченко, Т.Л. Нагорняк, Ю.В. Пачос, М.А. Польовий. *Політичне життя*. 2018. № 2. С. 14–18.
12. 5 провалів України після Революції Гідності. *Дивись.INFO*. 21.11.2018. URL: <https://divys.info/2018/11/21/5-provaliv-ukrayiny-pislya-revoljutsiyi-gidnosti/>.
13. Бердинських К. Чотири роки після Революції Гідності. *НВ*. 24.11.17. URL: <https://nv.ua/ukr/opinion/chotiri-roki-pislja-revoljutsiji-gidnosti-2258584.html>.
14. Шевчук С.В. Люстрація та ретроактивна справедливість: європейські стандарти захисту прав людини при переході до демократичного правління. *Юридичний журнал : аналітичні матеріали, коментарі, судова практика*. Київ, 2006. № 2. С. 65–81.
15. Митко А. Люстрація в Україні: колізії, досягнення та перспективи. *Науковий вісник Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки. Міжнародні відносини*. 2017. № 6. С. 187–192.
16. Захаров Є. Чотири причини для застосування вето щодо Закону «Про очищення влади». *Права людини в Україні. Інформаційний портал Харківської правозахисної групи*. 05.10.2014. URL: <http://khp.org/index.php?id=1412527295>.

17. Бєлкін Л.М. Судівництво в Україні: ґене́за сучасного стану справ у контексті неналежного публічного управління. *Судова апеляція*. 2017. № 2 (47). С. 80–89.

18. Бєлкін Л. Нове – це добре забуте старе, або Венеціанська комісія щодо Закону України «Про очищення влади». *Юридична газета*. 02.07.2019. № 27 (681). С. 28–29.

The conclusions of the Venice Commission regarding the Law of Ukraine dated 16.09.2014 No. 1682-VII “On purification of power” (on “lustration”) are compared with the provisions of the Constitution of Ukraine. It has been pointed out that the practice of lustration in European countries has developed European standards in the field of lustration, which are mainly derived from three sources: the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the practice of the European Court of Human Rights; case law of national constitutional courts; PACE resolutions 1096 (1996) and 1481 (2006). PACE Res 1096 (1996) pointed to the Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a state based on the rule of law. The Commission questioned the admissibility of lustration to civil servants who worked in the period when the country was headed by President V. Yanukovich. Although the Commission acknowledged, that the situation with democratic guarantees began to deteriorate at that time, in spite of them Mr Yanukovich never gained a full political, ideological and economic monopoly in and over the country. In addition, Ukraine has been a member state of the Council of Europe since 1995 and as such has been monitored for compliance with European standards. Large-scale lustration measures for this particular period call into question the actual functioning of the legal and regulatory framework of Ukraine as a democratic state based on the rule of law principle. Taking into account the conclusions of the Commission regarding the non-compliance of the norms of this Law with the Constitution of Ukraine, in particular with the principles of rule of law, presumption of innocence and individual responsibility, declared therein, there are no obstacles for the recognition of this law unconstitutional. The article compares the reaction of lustration supporters when lustration could touch them.

Key words: unconstitutionality, lustration, rule of law, presumption of innocence, individual responsibility.

УДК 342(738)

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.03>

**ДО ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО
ПРАВА НА ТАЄМНИЦЮ ЛИСТУВАННЯ, ТЕЛЕФОННИХ РОЗМОВ,
ТЕЛЕГРАФНОЇ ТА ІНШОЇ КОРЕСПОНДЕНЦІЇ**

**TO THE PROBLEM OF DEFINITION OF THE CONCEPT
OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO THE SECRET
OF LETTERS, TELEPHONE DISCUSSION, TELEGRAPHIC
AND OTHER CORRESPONDENCE**

Левченко А.В.,

*аспірантка кафедри конституційного та муніципального права
ДВНЗ «Київський національний економічний університет
імені Вадима Гетьмана»*

Стаття присвячена висвітленню сутності та змісту конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. З'ясовано, що це право зафіксовано у багатьох нормативно-правових актах як національного, так і міжнародного рівнів. Розкрито семантику окремих понять, що становлять зміст такого права, зокрема «листування», «телефонні розмови», «телеграфна кореспонденція», «інша кореспонденція». Для цього досліджено і проаналізовано законодавчу базу, наукові праці та правові позиції Європейського суду з прав людини. Водночас встановлено, що нині відсутнє законодавче визначення понять «листування», «телефонні розмови», «телеграфна та інша кореспонденція». Розглянуто дві наукові концепції розуміння права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції: як складника права на недоторканність особистого та сімейного життя, або «особистісна» концепція та як самостійного права, зміст та призначення якого є ширшим за захист особистого життя особи. Висловлено позицію на користь однієї концепції, адже аналіз положень нормативних актів дає підстави розглядати це право в контексті права на приватне (особисте) та сімейне життя. Приділена увага й міжнародному та національному законодавчому закріпленню гарантій дотримання і забезпечення конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Висловлена думка про необхідність нормативного закріплення поняття права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції на рівні законів та підзаконних нормативно-правових актів.

Ключові слова: листування, телефонні розмови, телеграфна кореспонденція, інша кореспонденція, конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, приватне (особисте) та сімейне життя.

Постановка проблеми. Спілкування як процес встановлення відносин між людьми пройшло довгий шлях, вдосконалюючись разом із розвитком

суспільства. Науково-технічний прогрес та зміна політичних, соціальних і економічних умов життя спричинили появу нових форм спілкування. Без-

умовно, у сучасному світі листування, телефонні розмови, телеграфна та інша кореспонденція є досить важливими засобами спілкування. Одним із основних обов'язків держави є забезпечення конституційного права людини на спілкування в усіх доступних їй формах та таємниці такого спілкування. Водночас конституційне право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції є одним із фундаментальних суб'єктивних прав людини. Воно закріплене в багатьох міжнародних та національних нормативно-правових актах. Однак практика правозастосування останніх років показала: декларувати право, нехай навіть на самому високому рівні, ще не означає дотримуватись його чи гарантувати його дотримання [1, с. 308]. Тому захист досліджуваного в статті права є однією з найбільших проблем для демократичних країн.

Українська держава, проголосивши себе демократичною, соціальною і правовою, має забезпечувати реалізацію права на листування, телефонні розмови, телеграфну та іншу кореспонденцію, а також дотримуватись механізму правового захисту у разі його незаконного порушення. І хоча до вітчизняного законодавства постійно вносяться зміни з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – Суд), кількість рішень цього суду щодо порушення Україною ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) останнім часом зростає. Збільшення звернень українських громадян до цієї судової інстанції свідчить про наявність проблем правового регулювання забезпечення права особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, а також захисту цього права в нашій державі [2, с. 317]. Отже, варто відзначити, що для належної реалізації та захисту такого права необхідно чітко

й точно розуміти його сутність, правову природу та особливості.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Сутність конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, його дотримання, захист та обмеження є предметом дослідження багатьох учених. Ці питання знайшли відображення у наукових працях В.Т. Маляренка, І.Л. Петрухіна, О.М. Бандурки, О.Н. Ярмиша, В.М. Тертишника, Л.Д. Воєводиної, І.М. Козьякова та інших.

Сучасний стан наукових розробок у сфері права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов характеризується наявністю численних концепцій, підходів, позицій та поглядів, що пояснюється як недосконалістю нормативно-правового забезпечення реалізації цього права, так і його складністю та багатоаспектністю як правової категорії. Досліджуються здебільшого дві основні наукові концепції розуміння названого права: як складника права на недоторканність приватного (особистого) та сімейного життя, або «особистісна» концепція (Д.В. Бушков, Ю.О. Говенко, І.Б. Григор'єв, Н.В. Федотова, Г.В. Шагара) та як самостійного права, зміст та призначення якого є ширшим за захист особистого життя особи (Є.О. Панасенко, П.С. Скопеч) [3, с. 216].

Постановка завдання. Метою статті є висвітлення сутності та правової природи конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, формулювання окремих понять, що становлять зміст такого права, аналіз наукових концепцій розуміння права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, вивчення законодавчої регламентації гарантій його дотримання і забезпечення задля утвердження прав людини в демократичному суспільстві.

Основні результати дослідження. Можливості людини, потрібні для її фізичного існування, задоволення її біологічних, матеріальних, духовних потреб, становлять систему особистих прав, що закріплені в Конституції України. До системи таких прав відносять право на життя, право на повагу до гідності кожного, право на свободу та особисту недоторканність, право на неприпустимість втручання в особисте та сімейне життя, право на судовий захист тощо. Такі права виникають від народження людини і існують довічно. Вони є невідчужуваними, тобто такими, що не можуть бути скасовані, передані чи подаровані іншим суб'єктам, а всі нормативні акти, які приймаються в державі, не мають скасовувати чи зменшувати обсяги цих прав. Одним із фундаментальних особистих прав людини нині є право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції.

Це право було зафіксовано на міжнародному рівні ще у 1948 році з прийняттям Загальної декларації прав людини. Стаття 12 Декларації проголошувала: «ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю його кореспонденції або на його честь і репутацію. Кожна людина має право на захист від такого втручання або таких посягань».

Окрім того, гарантує право кожного на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції й ст. 8 Конвенції. Зазначена стаття містить і перелік випадків, коли втручання органів державної влади у здійснення цього права є законним і необхідним. Зокрема, в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ст. 17) містить аналогічні норми, відповідно до яких ніхто не має зазнавати свавільного чи незаконного втручання в його особисте і сімейне життя, свавільних чи незаконних посягань на недоторканність його житла або таємницю його кореспонденції чи незаконних посягань на його честь і репутацію.

Положення щодо забезпечення та захисту досліджуваного права закріплені і в Конституції України. Стаття 31 Основного Закону гарантує кожному таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо. Значний вплив на вітчизняне законодавство в частині захисту прав особи на таємницю її листування та телефонних розмов мав вступ України до Ради Європи та ратифікація у 1997 році українським парламентом Конвенції.

Очевидно, що норми зазначених нормативних актів розглядають право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в контексті права на приватне (особисте) та сімейне життя.

Зрештою, однією з найбільш поширених у наукових джерелах концепцій розуміння права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов є «особистісна» концепція, стрижневою ідеєю якої є те, що вказане право є складником права на таємницю особистого та сімейного життя [3, с. 217].

Варто зауважити, що поняття «сімейного життя» еволюціонує впродовж усього часу дії Конвенції під впливом змін моделей соціального життя. Статтею 8 зазначеного міжнародного акта сімейне життя трактується як різні

типи зв'язків між родичами, при цьому не встановлюючи різниці між оформленою за законом або позашлюбною сім'єю. Законодавство передбачає правовий захист сімейних за своєю суттю відносин, навіть якщо вони не мають юридичного оформлення, та формальних, оформлених у відповідності до закону, навіть якщо вони позбавлені реального змісту.

Приватне життя – це широке поняття, яке не має свого вичерпного визначення. Воно не обмежується «внутрішнім колом», в якому людина може жити власним особистим життям, і виключати зовнішній світ. Повага до приватного життя також має певною мірою охоплювати право встановлювати та розвивати відносини з іншими людьми [4, с. 42].

До приватної сфери життя людини відносять фізичну недоторканність, що стосується захисту від яких-небудь фізичних процедур, дослідів, ін'єкцій; територіальну недоторканність, що передбачає встановлення обмежень на вторгнення в житло чи побут людини; конфіденційність зв'язку, що охоплює безпеку і захист кореспонденції, телефонних розмов та інших форм спілкування; захист інформації у вигляді правил, що регулюють збір та обробку персональних даних. Приватне життя є особливою частиною людської життєдіяльності, яке полягає у різноманітних відносинах, подіях і явищах, які не мають публічного значення та визначаються і регулюються людиною самостійно і відповідно до власного розуміння.

Відповідно до Великого тлумачного словника сучасної української мови «приватний»: 1) який належить окремій особі (особам); недержавний, несупільний; 2) який стосується окремої особи (осіб), особистий, не пов'язаний зі службовою або суспільною діяльністю [5, с. 1110]. Своєю чергою «особистий»: 1) який є власністю окремої

особи, безпосередньо належить їй; персональний, власний; 2) який безпосередньо стосується якої-небудь особи, пов'язаний з нею; 3) який здійснюється безпосередньо, не через інших осіб [5, с. 861]. Таким чином, поняття «приватний» і «особистий» є тотожними і можуть вживатися як синоніми, зокрема, і коли йдеться про сферу людського життя.

Отже, до головних особливостей досліджень, в основу яких покладено «особистісну» концепцію, слід віднести те, що: 1) право на таємницю кореспонденції і телефонних розмов вивчається в безпосередньому зв'язку з іншим названим правом; 2) поняття приватного й особистого життя ототожнюються; 3) у загальній частині наукових праць, присвячених праву на таємницю кореспонденції і телефонних розмов та його правовій охороні, передусім йдеться про поняття та значення права на таємницю особистого й сімейного життя (або недоторканності приватного життя), і лише наче мимохідь згадується безпосередній предмет наукових пошуків; 4) під час вивчення історичного аспекту розвитку правової охорони права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов більшу частину матеріалів присвячено питанням охорони права на особисте життя [3, с. 217].

Друга концепція розуміння сутності права на таємницю кореспонденції і телефонних розмов заперечує «особистісну» концепцію і розглядає це право як самостійне, яке не обмежується сферою приватного життя особи.

Не заперечуючи реального зв'язку зі сферою приватного життя, наголошується на тому, що право на таємницю кореспонденції і телефонних розмов, по-перше, належить до окремих особистих прав, по-друге, виходить за межі права на недоторканність приватного життя, і по-третє, пов'язане з правом на таємницю особистого та сімейного

життя так само, як і з рештою основних прав людини, тобто їх зв'язок має відносний характер [3, с. 218].

Цікавими є й правові позиції Європейського суду з прав людини. У своїх рішеннях Суд неодноразово давав тлумачення терміна «кореспонденція». Зокрема, в 1975 році термін «кореспонденція» у справі «Голдер проти Об'єднаного Королівства» тлумачився у контексті його буквального розуміння і означав «відправлення повідомлення у вигляді листа». У цьому ж рішенні Суд охопив поняттям «кореспонденція» не лише відіслані, а й «не відправлені листи», що також розширило сферу дії Конвенції. Розширене тлумачення терміна «кореспонденція» Суд уперше дав у рішенні у справі «Класс та інші проти ФРН» (1978 року), зазначивши, що телефонні розмови охоплюються поняттями «приватне життя» і «кореспонденція» за змістом пункту 1 статті 8 Конвенції.

Далі Суд ще більше розширював тлумачення терміна «кореспонденція». Так, у справі «Мелоун проти Об'єднаного Королівства» (1984 рік) заявник наполягав на тому, що порушено право на повагу кореспонденції, оскільки його телефон було поставлено на «лічильник», функції якого виконував зчитувальний принтер, що реєстрував номери, які набиралися приватним телефонним абонентом, з урахуванням часу і тривалості кожного дзвінка. Це давало можливість державним органам (поліції) фіксувати, з ким і як довго абонент розмовляє по телефону. Записи такого «лічильника» містять інформацію про набрані номери, котра є складовою частиною телефонних розмов. Рішенням у цій справі Суд підтримав доводи заявника і включив практику хронометражу до визначення поняття «кореспонденція» в контексті пункту 1 статті 8 Конвенції. Отже, враховуючи підходи Суду до визначення терміна «кореспонденція», можна констатувати, що термін

«кореспонденція» охоплює всі перелічені в статті 31 Конституції України способи передачі інформації. Поняття «листування», «телефонні розмови» та «телеграфні повідомлення» у співвідношенні з поняттям «кореспонденція» є конкретизуючими [2, с. 317–318].

Листування – один із найпоширеніших та найдавніших засобів зв'язку між людьми, під яким слід розуміти обмін поштовими повідомленнями, які передаються поштовим зв'язком. Приватне листування ведеться між особами з приводу їх повсякденного життя, побуту, відносин, подій і явищ, які належать до приватної сфери життя людини. Відповідно до Закону України «Про поштовий зв'язок» від 04.10.2001 року листом є поштове відправлення у вигляді поштового конверта з вкладенням письмового повідомлення або документа, розміри і масу якого встановлено відповідно до законодавства України. Цим же Законом дано визначення письмової кореспонденції, якою є прості та рекомендовані листи, поштові картки, бандеролі, секограми та дрібні пакети. Тому листування є різновидом кореспонденції.

Під телефонними розмовами слід розуміти обмін інформацією з допомогою голосу у реальному часі з використанням телекомунікаційних мереж оператора зв'язку. Телеграфна кореспонденція – це короткі текстові повідомлення, які передаються засобами телеграфного зв'язку. До іншої кореспонденції належать усі повідомлення, які передаються за допомогою інших, ніж описані вище, засобів зв'язку, наприклад, повідомлення, зроблені телефаксом, пейджинговим зв'язком, а також листи, які передаються кур'єром, знайомими чи через інших людей без використання послуг поштового зв'язку [6, с. 224].

В умовах розвитку та всеохоплюючого використання електронних гаджетів та мережі Інтернет відбувається

швидкий та надійний обмін повідомленнями поза межами поштового зв'язку. Це стає можливим завдяки використанню електронної пошти та різноманітних месенджерів, які законодавець також відносить до іншої кореспонденції, зокрема, судячи з коментаря до вітчизняної Конституції. Електронна пошта – це спосіб обміну цифровими повідомленнями між людьми з використанням цифрових пристроїв, таких як комп'ютери та мобільні телефони, що робить можливим пересилання даних будь-якого змісту. Месенджер являє собою телекомунікаційну службу для обміну текстовими повідомленнями між комп'ютерами чи іншими пристроями користувачів через комп'ютерні мережі. Більшість месенджерів дає змогу користувачам бачити, чи підключені до мережі їхні співрозмовники в цей момент, а також надає можливість відправляти електронні файли різного змісту (текст, фото, відео- та аудіо-файли). Справді, сучасні технічні засоби та програмне забезпечення пропонують безліч варіантів того, в якому форматі можна реалізувати спілкування. Однак, на відміну від звичайного традиційного листування, електронне листування не має законодавчого закріплення в Україні, яке б могло визначити його основні поняття, правові, соціально-економічні та організаційні основи функціонування, а також відносини між органами державної влади, операторами телекомунікаційного зв'язку і користувачами, які безпосередньо використовують такий вид спілкування. Лише в статті 6 Закону України «Про поштовий зв'язок» міститься положення про те, що таємниця електронних повідомлень захищається нарівні з таємницею поштових відправлень та гарантується Конституцією і законодавством України.

Стаття 9 Закону України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 року передбачає охорону таємниці телефонних

розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються технічними засобами телекомунікацій. Тут же зазначається, що оператори та провайдери телекомунікацій зобов'язані вживати відповідно до законодавства технічних та організаційних заходів із захисту телекомунікаційних мереж, засобів телекомунікацій, інформації з обмеженим доступом про організацію телекомунікаційних мереж та інформацію, що передається цими мережами.

Зміст таємниці кореспонденції викладено в статті 306 Цивільного кодексу України, відповідно до якої: 1) фізична особа має право на таємницю листування, телеграм, телефонних розмов, телеграфних повідомлень та інших видів кореспонденції; 2) листи, телеграми та інші види кореспонденції можуть використовуватися, зокрема шляхом опублікування, лише за згодою особи, яка направила їх, та адресата; 3) у разі смерті фізичної особи, яка направила кореспонденцію, і адресата використання кореспонденції, зокрема шляхом її опублікування, можливе лише за згодою фізичних осіб – її законних представників; 4) кореспонденція, яка стосується фізичної особи, може бути долучена до судової справи лише у разі, якщо в ній містяться докази, що мають значення для вирішення справи. Інформація, яка міститься в такій кореспонденції, не підлягає розголошенню; 5) порушення таємниці кореспонденції може бути дозволено судом у випадках, встановлених законом, з метою запобігання злочинів чи під час кримінального провадження, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

Загалом, таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та її захист поширюється на всіх громадян. Це підкреслюють і науковці. Так, на думку Л.Д. Воеводіна, конституційне право громадян на таємницю листування означає державну охорону від незаконного

ознайомлення з усіма видами кореспонденції, телефонними переговорами, документами, що містять відомості, оголошення яких громадянин чомусь вважає небажаними. І.Л. Петрухін зазначає, що без таємниці листування немислиме існування сучасного суспільства. Таємниця листування як правовий принцип забезпечує підтримку соціальних контактів – сімейних, дружніх і ділових відносин. Таємниця листування – гарантія охорони інтимних та інших особистих сторін життя громадян, умова щирого спілкування між ними [7, с. 120].

Висновки та перспективи подальших досліджень. Отже, право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції є фундаментальним для кожної людини і необхідним у демократичному суспільстві. Це право зафіксовано у багатьох нормативно-правових актах як національного, так і міжнародного рівнів. Натепер сформувались дві наукові концепції розуміння сутності такого

права: як складника права на недоторканність особистого та сімейного життя, або «особистісна» концепція та як самостійного права, зміст та призначення якого є ширшим за захист особистого життя особи. Аналіз положень нормативних актів, які гарантують право на таємницю кореспонденції, дає підстави розглядати це право в контексті права на приватне (особисте) та сімейне життя, тобто дотримуючись першої концепції.

Однак, узагальнюючи дослідження правової природи конституційного права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, варто зазначити про відсутність у законодавстві визначень «листування», «телефонні розмови», «телеграфна та інша кореспонденція». Крім того, видається доречним конкретизація права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції на рівні законів та підзаконних нормативно-правових актів.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Лучко О.А. Забезпечення прав людини на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції у кримінальному процесі України. *Закарпатські правові читання: мат. II Всеукр. науково-практ. Конференції молодих вчених та студентів (29–30 квітня 2010 року, м. Ужгород), у 2-х томах.* Ужгород, ЗакДУ, 2010. Том 2. С. 308–311.
2. Рудей В.С. Правові позиції Європейського суду з прав людини щодо захисту права особи на таємницю кореспонденції. *Порівняльно-аналітичне право.* 2014. № 2. С. 317–320.
3. Токар Н.В. Право на таємницю кореспонденції і телефонних розмов як самостійне право людини: обґрунтування наукової концепції. *Адміністративне право і процес.* 2016. № 1 (15). С. 216–226.
4. Посібник за статтею 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Право на повагу до приватного і сімейного життя. *Європейський суд з прав людини.* 2018. 83 с. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/1259d4263dac852ef056_file.pdf.
5. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. Київ, Ірпінь : ВТФ «Перун», 2009. 1736 с.
6. Конституція України. Науково-практичний коментар / редкол.: В.Я. Тацій (голова редкол.), О.В. Петришин (відп. секретар), Ю.Г. Барабаш та ін.; Нац. акад. прав. наук України. 2-ге вид., переробл. і допов. Харків : Право, 2011. 1128 с.
7. Назаров В.В. Право особи на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції та його обмеження у кримінальному провадженні. *Вісник Академії адвокатури України.* 2009. № 1 (14). С. 119–125.

The article is devoted to covering the nature and content of the constitutional right to secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence. It has been established that this right is enshrined in many national and international legal acts. The semantics of the individual concepts that make up the content of such right, including “correspondence”, “telephone conversations”, “telegraphic correspondence”, “other correspondence” are revealed. To this purpose, the legislative framework, the scientific works and the legal positions of the European Court of Human Rights have been investigated and analyzed. At the same time it is established that today there is no legislative definition of concept “correspondence”, “telephone conversations”, “telegraph and other correspondence”. Two scientific concepts of understanding the right to the secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence are considered: as a constituent of the right to privacy and family life or “personal” concept and as an independent right, the content and purpose of which is wider than the protection of a person’s personal life. The position in favor of one concept is expressed, since the analysis of provisions of normative acts gives grounds to consider this right in the context of the right to private (personal) and family life. Attention is also paid to the international and national legislative securing of guarantees of observance and ensuring of the constitutional right to the secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence. The opinion was expressed on the necessity of normative fixing of the concept of the right to privacy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence at the level of laws and by-laws.

Key words: correspondence, telephone conversations, telegraph correspondence, other correspondence, constitutional right to the secrecy of correspondence, telephone conversations, telegraph and other correspondence, private (personal) and family life.

УДК 342.76

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.04>

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО ОБМЕЖЕННЯ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ В КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS OF CONSTITUTIONAL AND LEGAL SOCIO-ECONOMIC HUMAN RIGHTS LIMITATION IN EUROPEAN UNION COUNTRIES

Міщенко А.В.,

*аспірант кафедри конституційного права і прав людини
Національної академії внутрішніх справ*

Статтю присвячено висвітленню основних нормативно-правових засад регулювання конституційно-правового обмеження соціально-економічних прав людини за правом Європейського Союзу, аналізуючи положення Загальної декларації прав людини 1948 року [1], Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [2], Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права 1966 року [3], Європейської соціальної хартії 1996 року [4], Хартії основних прав Європейського Союзу 2000 року [5] та вивчаючи окремі рішення Європейського суду з прав людини [6] та рішення Європейського Суду Правосуддя [7]. У ході дослідження виявлено актуальні проблеми конституційно-правового обмеження реалізації соціально-економічних прав людини в Україні. У зв'язку з чим зміст статті розкриває ключові аспекти теоретико-правового надбання Європейського Союзу, який визначено орієнтиром для України в процесі приведення свого законодавства у відповідність до європейських стандартів. Авторкою було визначено сутність поняття «обмеження соціально-економічних прав людини» на основі його нормативно-правового закріплення. У статті було приділено особливу увагу нормам зазначених міжнародно-правових актів, які визначають принципи, підстави, межі та цілі конституційно-правових обмежень соціально-економічних прав. Встановлено, що конвенційний механізм регулювання конституційно-правового обмеження соціально-економічних прав людини не лише визначає зміст конкретних правових норм, але й створює теоретико-правову основу для їх інституційних механізмів захисту та подальшого їх запровадження в Україні. Авторка здійснила аналіз окремих рішень Європейського суду з прав людини в справах, пов'язаних з порушенням порядку обмеження соціально-економічних прав, та визначила сучасні тенденції судової практики Європейського суду з прав людини в сфері захисту соціально-економічних прав людини та громадянина конституційно-правового обмеження.

Ключові слова: конституційно-правове обмеження, соціально-економічні права, право Європейського Союзу, Конституція.

Постановка проблеми. Сучасний інтеграційний процес з Європейським Союзом неможливо уявити без запозичення досвіду країн-членів та впровадження європейських стандартів

у життя українців, зокрема, у забезпеченні соціально-економічних прав людини.

Належна реалізація соціально-економічних прав людини сприяє роз-

будові України у напрямі соціальної, демократичної та правової держави, адже саме ці напрями і цінності проголошено Конституцією України і є загальними засадами конституційного ладу України (ст. 1) [8]. Слід зазначити, що протягом останніх п'яти років в українському суспільстві гостро стоїть питання реалізації соціально-економічних прав. Адже криза зовнішньополітичних відносин з країною-агресором сильно виснажують економіку України, що, безумовно, впливає на їх забезпечення та є першопричиною непоодиноких випадків конституційно-правового обмеження соціально-економічних прав людини.

Виходячи зі змісту проаналізованих рішень Конституційного Суду України, нами встановлено, що реалізація досліджуваної групи прав у повному обсязі залежить від:

- фінансових ресурсів держави;
- суспільної зумовленості;
- регулювання змісту цього права

в галузевому законодавстві [9].

У ч. 1 ст. 64 Конституції України зазначено, що конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України. Аналогічні застереження є і в ст. 22 Конституції України. Конституційний Суд України у своєму рішенні № 5-зп від 30 жовтня 1997 року (справа К.Г. Устименка) сформулював абсолютно чітку позицію, відповідно до якої «винятки з конституційних норм встановлюються самою Конституцією, а не іншими нормативними актами» [9].

Однак, аналізуючи діяльність Верховної Ради України, можна зробити висновок, що вона нехтує зазначеними положеннями, оскільки систематично законом про Державний бюджет України зупиняє дію інших законів, які регулюють відносини у сфері соціально-економічних прав, що призводить до обмеження права людини на достатній

життєвий рівень для себе і своєї сім'ї та права на соціальний захист [10].

Незважаючи на те, що соціально-економічні права і належать до групи позитивних прав, де є допустимим їх обмеження залежно від умов, які виникають у суспільстві, чітко встановлено вичерпний перелік випадків, за яких можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод людини із зазначенням строку дії цих обмежень: в умовах воєнного або надзвичайного стану (ч. 2 ст. 64 Конституції України). Законодавець і тут порушує вимоги Конституції України, адже фактично встановлює тимчасове припинення дії певних соціальних пільг чи гарантій без обґрунтування умов.

Як наслідок, така законодавчо невизначена та необґрунтована позиція Верховної Ради призводить до порушення окремих зобов'язань держави щодо певної категорії населення, порушення проголошених Конституцією України принципів та підриву довіри суспільства до держави.

Відомо, що національним законодавством передбачена можливість втручання з боку органів державної влади, місцевого самоврядування та їх посадовими особами в процес регулювання обмеження соціально-економічних прав, адже це є необхідною формою діяльності держави з їх забезпечення. Разом із тим наявною є проблема у регламентації механізму застосування конституційно-правових обмежень, адже в Конституції зазначено, «що можна», але не вказано «як».

Така неврегульованість призводить до зловживань та неоднозначного застосування норм Конституції України. Саме це і зумовлює необхідність у дослідженні європейського досвіду, зокрема, теоретико-правових аспектів конституційно-правових обмежень соціально-економічних прав за правом Європейського Союзу, на прикладі окремих міжнародно-правових актів,

ратифікованих державами-учасницями Європейського Союзу та рішень Європейського суду з прав людини.

Аналіз публікацій, у яких започатковано розв'язання цієї проблеми. Загальні дослідження окремих аспектів конституційно-правового обмеження соціально-економічних прав людини здійснювали П. Рабінович, Р. Веприцький, А. Малько, Ю. Тодика, М. Савчин, В. Лемак, І. Ягофорова та інші. Однак більшість зазначених учених у своїх роботах аналізують безпосередньо правову природу соціальних та економічних прав або ж досліджують обмеження прав людини в цілому.

Метою статті в межах цього дослідження є аналіз нормативного закріплення регулювання обмеження соціально-економічних прав людини, адже основні конституційно-правові засади обмеження соціально-економічних прав людини, зокрема за правом Європейського Союзу, є загальноприйнятими та містяться у конвенціях, деклараціях, пактах, міжнародно-правових договорах та в судових прецедентах.

У межах цієї статті буде досліджено положення таких міжнародно-правових актів, як: Загальна декларація прав людини 1948 року, Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1966 року, Європейська соціальна хартія 1996 року, Хартія основних прав Європейського Союзу 2000 року та окремі рішення Європейського суду з прав людини.

Виклад основного матеріалу дослідження. Для ґрунтовного розуміння особливостей конституційного закріплення регулювання обмеження соціально-економічних прав людини в країнах Європейського Союзу варто з'ясувати правову природу основних понять. Щодо дефініцій соціально-економічних прав людини нині немає єдиного підходу до розкриття їх змісту.

Однак усі правники схильні до думки, що основним їх складником є гідний життєвий рівень, соціальна захищеність та добробут людини. Джерелом соціально-економічних прав людини є людська гідність, яка посідає визначальне місце в їх забезпеченні. Людині необхідні певні блага, можливості та сприятливі суспільні умови для власного розвитку, вона не може почуватися значущою та гідною та поважати гідність інших тоді, коли відсутні належні умови проживання, харчування. Важливою з цього приводу є думка В. Костицького, який зазначав, що немає сенсу в праві на недоторканість житла або таємниці телефонних розмов, якщо в людини немає ні свого житла, ні телефону [11].

Так, Р. Веприцький розкриває зміст поняття «соціально-економічні права» як «можливості людини та громадянина в сфері власності, підприємництва, праці та відпочинку, соціального захисту, житлового забезпечення та охорони здоров'я, що мають на меті створення умов для належного розпорядження особою власністю і працею та захист працівників, що опинились у складній життєвій ситуації як з боку держави, так і з боку суспільства» [13, с. 16].

Не менш важливим є питання з'ясування сутності поняття «обмеження прав людини», яке можна визначити: як допустиме міжнародним та національним правом втручання, що призводять до зміни обсягу прав і свобод людини в інтересах суспільства та для забезпечення балансу інтересів з метою захисту конституційних цінностей.

Зупинимось безпосередньо на організаційно-правовому забезпеченні регулювання обмеження соціально-економічних прав за правом Європейського Союзу. Перш за все слід пригадати справу 26/62 *Van Gend en Loos*, де Суд Правосуддя обґрунтував, що Співтовариство (Союз) створює новий пра-

вовий порядок у міжнародному праві, на користь якого держави обмежили свої суверенні права, хоча і в обмежених сферах, і суб'єктами якого є не лише держави-члени, а також і їхні громадяни [7]. Подібний підхід був розкритий у рішенні справи 6/64 *Costa v. ENEL*, де наголошувалось, що «на відміну від звичайних міжнародних угод, Договір про Європейське економічне співтовариство створив власну правову систему, яка стала невід'ємною частиною правових систем держав-членів і якої їх суди зобов'язані дотримуватись» [7]. Це означає, що право Європейського Союзу має вищу юридичну силу над національним правом держав-членів.

При цьому важливо пам'ятати, що держави-члени Європейського Союзу одночасно є державами-учасниками Ради Європи і сторонами основної частини її правозахисних міжнародних документів, передусім Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року [2], а також те, що у застосуванні норм європейського права країни-учасниці мають добросовісно виконувати свої міжнародні зобов'язання у сфері захисту обмеження соціально-економічних прав людини.

Насамперед слід проаналізувати положення ч. 2 ст. 29 Загальної декларації прав людини 1948 року, в якій зазначається, що: «Під час здійснення своїх прав і свобод кожна людина має зазнавати тільки таких обмежень, які встановлені законом виключно з метою забезпечення належного визнання і поваги прав і свобод інших та забезпечення справедливих вимог моралі, громадського порядку і загального добробуту в демократичному суспільстві» [1].

Саме цією декларацією вперше після Другої світової війни було проголошено на міжнародному рівні межі та підстави обмежень прав людини, разом із тим і соціально-економічних

прав. Так, допустимою межею обмежень прав людини визначається забезпечення належного визнання та поваги прав і свобод інших, тобто реалізація власних прав закінчується там, де починаються права та законні інтереси інших. Цією статтею встановлюється заборона зловживати суб'єктивним правом, оскільки у разі перевищення меж можливої поведінки особа спричиняє певні юридичні наслідки. Також у ній визначено, що виключно законом закріплюється перелік допустимих обмежень та лише з підстав, що відповідають справедливим вимогам моралі для забезпечення громадського порядку і загального добробуту.

На основі Загальної декларації прав людини 1948 р., проголошеної Генеральною Асамблеєю Організації Об'єднаних Націй, уряди держав-учасниць Ради Європи підписали Європейську конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, де окремою ст. 18 визначили межі застосування обмежень: «Обмеження дозволені згідно з цією Конвенцією щодо зазначених прав і свобод, не застосовуються для інших цілей ніж ті, для яких вони встановлені» [2].

Згодом Генеральною Асамблеєю ООН було прийнято Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права 1966 року (далі – Пакт), де в ст. 4 зазначається: «Держави, які беруть участь у цьому Пакті, визнають, що стосовно користування тими правами, що їх та чи інша держава забезпечує відповідно до цього Пакту, ця держава може встановлювати тільки такі обмеження цих прав, які визначаються законом, і лише остільки, оскільки це є сумісним з природою зазначених прав, і виключно з метою сприяти загальному добробуту в демократичному суспільстві. Статтею 5 визначається, що міра обмежень не може бути більшою, ніж це передбачено Пактом, а також людина не може зазнавати ніяких обмежень стосовно

основних прав лише тому, що вони цим Пактом не визнаються або якщо визначені в ньому в меншому обсязі» [3].

Цим Пактом визначено підстави обмеження права на створення та вступ до профспілкових організацій:

- 1) в інтересах державної безпеки;
- 2) для забезпечення громадського порядку;
- 3) для захисту прав і свобод інших (ст. 8) [3].

Також положення цієї ж статті Пакту дають змогу застосовувати законні обмеження щодо користування соціально-економічними правами певного кола осіб, які входять до складу збройних сил, поліції або адміністрації [3].

Після глибоких соціальних перетворень у світі Рада Європи вирішить доповнити Конвенцію про захист прав людини та запропонує країнам Європи підписати міжнародний договір – Європейську соціальну хартію 1996 року (далі – Хартія) [4], яка визначить соціальну орієнтацію ринкової економіки європейських країн та встановить їхні взаємні зобов'язання в цій сфері.

Окремими положеннями Хартії закріплюється право держави відступати від підписаних зобов'язань, зокрема, проголошених соціально-економічних прав, за умов: надзвичайного стану в державі, який загрожує життю нації або під час війни. А також статтею G Хартії визначено: «Ефективне втілення в життя прав і принципів, зазначених у частині I, та їх ефективне здійснення відповідно до частини II не підлягають жодним обмеженням, за винятком тих, які передбачені цими частинами, і тих, які встановлені законом і необхідні в демократичному суспільстві для захисту прав і свобод інших людей або для захисту державних інтересів, національної безпеки, здоров'я людей чи моралі. Обмеження, які дозволяються згідно з цією Хартією щодо зазначених у ній прав і

зобов'язань, застосовуються тільки з метою, з якою вони передбачені» [4]. Отже, Хартією визначено такі підстави обмеження соціальних прав:

- 1) для захисту прав і свобод інших людей;
- 2) для захисту національної безпеки;
- 3) для захисту здоров'я людей чи моралі [4].

У грудні 2009 року після набрання чинності Лісабонським договором Хартія основних прав Європейського Союзу 2000 року (далі – Хартія ЄС) набула юридичної сили установчого договору Європейського Союзу та стала пріоритетним документом в європейській правовій системі. Нині Хартія ЄС є першоджерелом стандартів захисту прав людини, зокрема обмеження соціально-економічних прав для всіх органів Європейського Союзу.

Відповідно до положень ст. 53 Хартії ЄС «Про рівень захисту» жодне з положень цієї Хартії не може тлумачитись як обмеження або яке завдає шкоди правам людини і основним свободам у відповідній сфері їх застосування, визнаним правом Європейського Союзу, міжнародним правом та міжнародними конвенціями, учасниками яких є Європейський Союз, Європейське співтовариство або всі держави-члени, зокрема, Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, а також конституціями держав-членів [5].

Міжнародні інституції, зокрема, Європейський суд з прав людини та Європейський комітет із соціальних прав покликані забезпечувати захист соціально-економічних прав відповідно до встановлених стандартів зазначеними вище нормативно-правовими актами.

Наприклад, у рішенні у справі *Autism-Europe v France* [14] Комітет вказав, що у разі коли забезпечення певного права, пов'язаного з імплементацією Європейської соціальної хартії, є виключно

складним і вимагає значних фінансових ресурсів, то держава-учасниця має вжити заходів, які дадуть змогу досягнути цілей Європейської соціальної хартії у розумний строк, із поступовим прогресом до вичерпного виконання із залученням максимально доступних ресурсів. Держави-учасниці мають бути максимально завбачливими щодо впливу перетворень, які будуть поширені на найбільш уразливі та соціально незахищені групи населення. Адже саме на них лягатиме найбільше навантаження у разі інституційних прорахунків. Отже, мінімальні стандарти соціально-економічних прав людини мають забезпечуватися незалежно від політичної системи держави, її форми правління чи державного устрою [14]. Це означає, що Комітетом було виявлено характерну залежність рівня реалізації соціально-економічних прав від фінансових можливостей національної економіки країни та, відповідно, подальших допустимих випадків їх обмеження.

Слід зазначити, що в окремих рішеннях Європейського суду з прав людини детально визначено порядок та підстави конституційно-правового обмеження соціально-економічних прав. Діяльність Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) є ключовим елементом у регулюванні та захисті обмеження зазначених прав, застосовуючи розширене їх тлумачення. Аналіз практики ЄСПЛ свідчить про наявність рішень у справах стосовно законного обмеження права власності, обмеження соціальних виплат, обмеження права на пенсійне забезпечення, обмеження права на страйк.

Наприклад, згаданими міжнародно-правовими актами неодноразово наголошувалось на законності обмеження соціально-економічних прав в «інтересах суспільства». Так, у практиці Європейського суду з прав людини у справі «Джеймс та інші проти Великобританії» (James and others v. The United

Kingdom) [15] було викладено правову позицію, відповідно до якої заволодіння власністю на виконання законної соціально-економічної або іншої політики може здійснюватися «в інтересах суспільства» [15].

Також у рішенні справи «Суханов та Ільченко проти України» від 26 червня 2014 р. ЄСПЛ зазначив, що зменшення розміру або припинення втручання у право власності. А першим і найголовнішим правилом статті 1 Першого протоколу є те, що будь-яке втручання державних органів у право на мирне володіння майном має бути законним і повинно переслідувати легітимну мету «в інтересах суспільства». Будь-яке втручання також має бути пропорційним щодо переслідуваної мети. Іншими словами, має бути забезпечено «справедливий баланс» між загальними інтересами суспільства та обов'язком захисту основоположних прав конкретної особи. Необхідного балансу не буде досягнуто, якщо на відповідну особу або осіб буде покладено особистий та надмірний тягар [16].

Отже, аналізуючи ключові теоретико-правові аспекти конституційно-правового обмеження соціально-економічних прав людини за правом Європейського Союзу, ми дійшли таких висновків:

- 1) в усіх запропонованих до розгляду міжнародно-правових актах визначається, що держави можуть закріплювати у конституціях право органів державної влади обмежувати соціально-економічні права;
- 2) такі обмеження соціально-економічних прав мають відповідати європейським стандартам;
- 3) на рівні конституції мають бути визначені межі, підстави та ціль обмежень соціально-економічних прав;
- 4) на державу покладається обов'язок захисту та охорони соціально-економічних прав людини від неправомірних обмежень;

5) рішення Європейського суду з прав людини надають розширене тлумачення конкретних випадків конституційно-правового обмеження прав людини та є орієнтиром для формування принципів захисту конституційного обмеження соціально-економічних прав людини і громадянина в національних судах.

Так, усі вищезазначені міжнародно-правові акти, ратифіковані Україною, мають найвищу силу в системі національного законодавства. Їх відповідні положення, що регулюють конституційно-правові обмеження соціально-економічних прав, є обов'язковими у виконанні. Україна визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини у відповідних питаннях тлумачення та застосування Конвенції та Протоколів до неї стосовно обмеження соціально-економічних прав, тому рішення Європейського суду з прав людини є джерелом національного права України та впроваджують європейські стан-

дарту конституційно-правових обмежень [17].

Встановлено, що конвенційний механізм захисту соціально-економічних прав людини, окрім закріплення самого змісту правових норм, створює нормативну основу функціонування інституційних механізмів, за допомогою яких втілюється практична сторона захисту соціально-економічних прав.

Правові позиції Європейського суду з прав людини виступають основою для формування принципів захисту соціально-економічних прав людини в національних судах. Через те, що Україна визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини у питаннях тлумачення і застосування Конвенції та Протоколів до неї у випадках потенційних порушень з боку України соціально-економічних прав людини це слугує підставою для розгляду рішення Європейського суду з прав людини як джерела вітчизняного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Загальна декларація прав людини 1948 року. URL: <https://www.irs.in.ua>.
2. Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws>.
3. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права 1966 року. URL: <http://zakon.rada.gov.ua>.
4. Європейська соціальна хартія 1996 року. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_062.
5. Хартія основних прав Європейського Союзу 2000 року. URL: https://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_524.
6. URL: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>.
7. URL: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7216/en.
8. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. № 30. Ст. 14.
9. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na05d710-18>.
10. Закон України «Про Державний бюджет України на 2019 рік». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2629-19>.
11. Костицький В.В. Правове регулювання захисту суспільної моралі: зб. нормат.-прав. актів. Київ : Національна комісія, 2010. С. 118.
12. Синчук С.М. Правовідносини соціального забезпечення: суб'єкти, зміст, об'єкти : монографія. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2015. 422 с.
13. Веприцький Р.С. Правове регулювання захисту соціально-економічних прав людини в сфері праці : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.05. Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2008. 19 с.

14. International Association Autism-Europe (IAAE) v France (Complaint no. 13/2002). URL: http://www.coe.int/t/e/human_rights/esc/4_collective_complaints/list_of_collective_complaints/RC13_on_merits.pdf.

15. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» від 21 лютого 1986 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_180.

16. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Суханов та Ільченко проти України» від 26 червня 2014 року. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/974_a16.

17. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.

The article deals with the main legal framework for the regulation of the constitutional and legal socio-economic human rights limitation under the European Union law, analyzing the provisions of the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950, the International Covenant on Economic and Social and Cultural Rights of 1966, the European Social Charter of 1996, the Charter of Fundamental Rights of the European Union in 2000 and by examining individual judgments of the European Court of Human Rights. In the course of the research, actual problems of realization of constitutional and legal socio-economic human rights limitation in Ukraine were identified. Therefore, the main part of the article reveals key aspects of the theoretical and legal experience of the European Union, which is a benchmark for Ukraine in the process of bringing legislation to European standards. The author has defined the essence of the concept of socio-economic human rights limitation, based on its normative legal fixing. Also, special attention is paid to the norms of the mentioned international legal acts, which define the principles, grounds, limits or purpose of constitutional legal socio-economic human rights limitation rights. It is established that the conventional mechanism for regulating the constitutional and legal socio-economic human rights limitation rights not only establishes the content of specific legal norms, but also creates a theoretical and legal basis for their institutional protection mechanisms and their further implementation in Ukraine. In addition, the analysis of individual decisions of the European Court of Human Rights in cases related to violation of the order socio-economic human rights limitation, and identified the current trends of the case law of the European Court of Human Rights in the field of protection of socio-economic human rights and citizens of constitutional law limitation.

Key words: constitutional-legal limitation, socio-economic rights, European Union law, Constitution.

УДК 342.722

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.05>**ПРАВО ВИБОРУ СТАТІ ДИТИНИ: ПРОБЛЕМИ
КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ****LAW OF CHOICE OF THE CHILD'S SEX: PROBLEMS
OF CONSTITUTIONAL-LEGAL REGULATION****Чечерський В.І.,***кандидат юридичних наук, доцент,**прокурор відділу**Генеральної прокуратури України*

Сучасні наукові досягнення надали майбутнім батькам можливість, яка не існувала до цього часу, – вибір статі майбутньої дитини на найперших етапах із моменту зачаття. Проте багато держав намагаються утримати своїх громадян від такого вибору. Наявні культурні традиції, звичаї та погляди в суспільстві створюють умови, у яких людина стає добровільним їх заручником, що може призвести до виникнення явного демографічного крену. Бажання мати дітей однієї статі (як правило, хлопчиків) створює реальну загрозу загальній популяції населення в державі та є викликом державній політиці у сфері народонаселення. У статті досліджено питання правового регулювання вибору статі майбутньої дитини з погляду міжнародного права та деяких національних законодавств. Вказано на істотні проблеми, що пов'язані як із наявністю, так і з відсутністю (забороною) надання державою своїм громадянам права такого вибору з різних підстав, у тому числі за медичними показаннями. Окремо виділено таку важливу тематику, як селективний аборт, а також відмову від дітей або вбивство новонароджених небажаної статі. Розкрито можливості преімплантаційної генетичної діагностики в уникненні загроз для життя й здоров'я жінок через зменшення кількості випадків штучного переривання вагітності завдяки зачаттю дитини бажаної статі. Обґрунтовано право людини на вибір статі майбутньої дитини та випадки, коли такий вибір має заохочуватися державою або принаймні не зазнавати від неї штучних перешкод у реалізації цього права. Вказано на особливості реалізації права на вибір статі майбутньої дитини в Україні, а також взаємозв'язок цієї правомочності з реальним демографічним станом у державі та державною політикою народонаселення. Підкреслено, що оскільки в Україні немає очевидного дисбалансу статей, то нині відсутні передумови для ведення жорсткої державної політики в цій сфері та запровадження суворих заборон такого селективного вибору.

Ключові слова: права людини, природні права, право на репродуктивне відтворення, репродуктивні права, вибір статі, преімплантаційна генетична діагностика.

Постановка проблеми. Право вибору статі майбутньої дитини в різних країнах має суттєві відмінності в регулюванні – від повної заборони до цілковитої легальності. Не є однозначною й позиція міжнародного права, яке

досить скептично розглядає надання окремій людині чи подружжю такого права. Сьогодні як в Україні, так і в інших державах точаться гострі дискусії щодо цієї правомочності, зокрема, з етичної позиції. Наведене вимагає при-

скіпливого та детального дослідження зазначеної проблеми.

Актуальність теми. Наразі в Україні відсутній спеціальний закон, який регулював би права людини в репродуктивній сфері. Тому дослідження окремих правомочностей, які повинні становити його зміст, зокрема й з урахуванням міжнародної практики, має стати тим базисом, який буде покладено в основу майбутнього спеціалізованого вітчизняного законодавчого акта.

Стан дослідження. Розглядаючи репродуктивні права, вітчизняні науковці майже не вивчали право людини на вибір статі майбутньої дитини. Лише деякі з них, наприклад К. Москаленко [1], здійснили окремі спроби в цьому напрямі. Дещо більшу увагу цьому питанню приділено закордонними авторами, однак вони, як правило, досліджують його крізь призму міжнародного права, а також заборон селективного абортів.

Мета статті полягає в дослідженні права на вибір статі майбутньої дитини як правомочності, що становить зміст фундаментального конституційного права людини на репродуктивне відтворення.

Виклад основного матеріалу. Можливість вибору статі дитини існувала й до впровадження діагностичних інновацій у сфері допоміжних репродуктивних технологій, однак мала зовсім інший характер. Вибір статі дитини до часу появи ультразвукового дослідження лише умовно можна було назвати вибором, оскільки батьки мали можливість не стільки вибрати бажану стать майбутньої дитини, скільки з'ясувати, чи бути взагалі батьками та виховувати дитину тієї статі, яка народилася. Ідеться не тільки про передачу дитини небажаній статі іншим особам (або фізичним особам, або до сиротинців, дитячих будинків чи інших подібних закладів), а й про більш радикальні методи, у тому числі навмисне вбивство дитини.

З появою технології ультразвукового дослідження вибір статі дитини зсунувся на утробний період розвитку плоду. Водночас зміна строку визначення статі дитини фактично не вплинула суттєво на самий вибір. За медичними дослідженнями, стать дитини формується приблизно на 11 тижні з моменту зачаття, а на 18–20 тижні вагітності можна дізнатися стать дитини. Батьки й надалі можуть у такий спосіб визначитися щодо статі майбутньої дитини виключно крізь призму бажання позбутися її (тобто плоду), якщо вона небажаної статі, шляхом штучного переривання вагітності.

Зовсім інші перспективи надають допоміжні репродуктивні технології та преїмплантаційна генетична діагностика. Вони дають змогу батькам визначитися саме зі статтю майбутньої дитини на стадії перенесення в тіло жінки ембріона.

У світі досить неоднозначний підхід держав до права батьків на вибір статі майбутньої дитини. В одних державах такий вибір дозволений, в інших категорично заборонений, ще в інших дозволений за медичними показаннями. Багато в чому це пов'язано з державною політикою у сфері дітонародження й демографії, соціальними та сімейними традиціями й цінностями тощо. Наприклад, у Китаї, особливо в сільській місцевості, перевага віддається хлопчикам, оскільки для батьків сини – це робоча сила та підтримка. В Індії до такої практики найчастіше вдаються представники середнього й вищого класу. Саме вони можуть дозволити собі ультразвукове обстеження та більше турбуються про придане, яке вони повинні дати дівчинці, щоб зберегти своє реноме [2].

З огляду на радикальні відмінності в підходах держав до можливості вибору статі дитини логічним є те, що сьогодні відсутні імперативні норми, які б урегульовували це питання на

міжнародному рівні. Не останню роль у цьому відіграє також вплив релігійних інституцій, які не є прихильниками можливості довільного вибору статі. Муфтії Сухайл Тармахомед, Джаміат уль-Улама, Дар уль-Іфта, зазначає: «Недопустимо використовувати генну інженерію тільки для того, щоб народити дитину певної статі, оскільки це призводить до втручання в природу створіння Аллаха, а таке втручання без серйозних підстав заборонене. Схожі питання вже ставилися на одній із сесій світової академії з фікху щодо такої можливості, було прийнято таку ж резолюцію – генна інженерія для народження дитини певної статі неприпустима, за винятком випадків наявності спадкування генетичних захворювань, які можуть мати місце у відповідної статі» [3].

Проте відсутність імперативних норм не означає, що цій тематиці не надається істотна увага. Навпаки, Організація Об'єднаних Націй та інші міжнародні організації прийняли низку декларацій і рекомендацій, що покликані сприяти її унормуванню.

Одним із перших документів, де порушується питання вибору статі майбутньої дитини, є п. 4.15 Програми дій, прийнятої за результатами роботи Міжнародної конференції з населення та розвитку в Каїрі в 1994 р. [4]. Зокрема, у цьому документі зазначається: «У низці держав практика вибору статі майбутньої дитини <...> призводить до того, що внаслідок такого кращого ставлення до синів дівчаткам надається менше уваги. <...> Ця обставина нерідко посилюється зростаючим використанням технічних засобів, що дають змогу встановити стать дитини, у результаті чого у випадках, коли жінка дізнається про те, що в неї народиться дівчинка, вона робить аборт». У п. п. 4.16, 4.23 Програми дій пропонується заборонити всі форми відповідної дискримінації дівчат і викоринити всі першопричини приві-

лейованого ставлення до хлопчиків, що ведуть до шкідливої й неетичної практики вбивства новонароджених дівчаток та вибору статі майбутньої дитини. Урядам пропонується вжити необхідних дієвих заходів задля протидії цьому.

За Пекінською декларацією та Платформою дії, ухваленою на Четвертій світовій конференції в 1995 р., пренатальний вибір статі визнано порушенням прав дітей жіночої статі.

Проблематика вибору статі дитини до її народження порушувалася також на регіональному рівні, у тому числі в Європі. Відповідно до ст. 14 Конвенції Ради Європи про захист прав та гідності людини у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини не дозволяється використання медичних репродуктивних технологій із метою селекції статі майбутньої дитини, за винятком випадків, коли необхідно уникнути серйозного спадкового захворювання, пов'язаного зі статтю.

Радою Європи прийнято Резолюцію № 1829 (2011) «Вибір статі дитини до її народження», у якій акцентовано увагу на проблемі відбору нащадків за статевою ознакою. Як зазначено в резолюції, перевага синів перед дочками та дискримінація жінок так широко поширені у світі, що добровільно або вимушено мільйони жінок приймають рішення не народжувати дочок, оскільки вважається, що вони є тягарем для родини та не служать продовженням роду. Є переконливі дані про те, що випадки допологового вибору статі дитини трапляються не тільки в Азії. Останнім часом відхилення від природного співвідношення статей під час народження спостерігається в низці держав – членів Ради Європи. Викликають тривогу розміри цього вибору в Албанії, Азербайджані та Вірменії, де на 112 новонароджених хлопчиків припадає 100 дівчаток, а також у Грузії, де співвідношення статей серед новонароджених становить 111 хлопчиків і 100 дівчаток.

Відповідно до Конвенції Ради Європи про права людини та біомедицину вважається, що в контексті застосування допоміжних репродуктивних технологій, наприклад преімплантаційної генетичної діагностики, вибір статі дитини до її народження допускається лише з метою запобігання передачі важких спадкових захворювань, пов'язаних зі статтю [5].

Згідно з Рекомендацією № 1979 (2011) Ради Європи практика допологового вибору статі дитини ставить під сумнів базові цінності, обстоювані Радою Європи, такі як рівність і людська гідність, недопущення дискримінації, захист гідності особистості та основних прав і свобод у зв'язку з використанням досягнень біології та медицини [6].

Варто підкреслити, що чим більшим є крен у суспільстві щодо надання переваги хлопчикам під час визначення майбутньої статі дитини, тим жорсткішим є законодавство відповідної держави, яка намагається таким чином збалансувати не лише кількість народжених дітей, а й співвідношення статей між новонародженими. Китай навіть заборонив проводити ультразвукове дослідження вагітних жінок і породіль. У 2001 р. в Індії законом було заборонено пренатальне визначення статі дитини. Однак це не вирішило проблему, у деяких державах вона стала майже катастрофічною.

Так, за інформацією ООН, на азійському континенті спостерігається дефіцит жінок. За даними Фонду ООН із народонаселення, країнам Південної, Південно-Східної та Центральної Азії не вистачає щонайменше 170 мільйонів жінок. Жителі цієї частини світу традиційно вважають за краще мати синів. І якщо раніше від дівчат або відмовлялися, або просто вбивали, то з відкриттям ультразвукового дослідження тут стали широко використовувати селективні аборти. За даними останнього

перепису населення, вибіркові аборти призвели до серйозного дисбалансу статей у двох найбільш багатолюдних країнах світу – Індії та Китаї. Така ж тривожна тенденція спостерігається в інших державах азійського континенту, а також на Закавказзі [2].

Вивчення досвіду іноземних держав показує, що вибір статі майбутньої дитини в більшості країн, у яких допоміжні репродуктивні технології врегульовані законодавчо, практикується, однак це дозволяється лише за медичними показаннями, тобто якщо є загроза передати дитині генетичне захворювання (класичний приклад таких захворювань – гемофілія, дальтонізм, міодистрофія Дюшена тощо). За інших причин вибір статі дитини заборонений (наприклад, у Білорусі, Бельгії, Вірменії, Індії, Іспанії, Естонії, Канаді, Китаї, Киргизії, Молдові, Росії тощо).

Гучною справою, предметом якої було питання можливості вибору статі майбутньої дитини не тільки за медичними показаннями, стала справа Алана та Луїзи Мастертонів у Великобританії. У їх сім'ї було шестеро дітей: п'ять хлопчиків від 8 до 14 років та трирічна дівчинка, яка згодом померла внаслідок нещасного випадку. Родина Мастертонів звернулася до уповноваженого органу з проханням надати дозвіл на використання процедури преімплантаційної генетичної діагностики, що дало б змогу зачати та народити дитину жіночої статі. Оскільки законодавство Великобританії містить заборону на вибір статі майбутньої дитини за так званими соціальними підставами, дозвіл на такий вибір їм надано не було [1, с. 49].

На противагу наведеним державам можна назвати Бразилію, США, Україну, де цю послугу на платній основі готові надати відповідні заклади охорони здоров'я та у яких відсутня чітка регламентація й заборона вибору статі

майбутньої дитини. І лише в деяких державах чітко встановлено порядок і підстави вибору статі майбутньої дитини, коли такий вибір законодавчо дозволений.

Позитивною є практика Ізраїлю, де зазначеним питанням шляхом преімплантаційної генетичної діагностики опікується спеціальний орган – Національна комісія з питань вибору статі дитини Міністерства охорони здоров'я. Ця комісія призначається генеральним директором Міністерства охорони здоров'я, до неї входять фахівці у сфері медицини, психології, соціальної роботи, права й етики, а також релігійні діячі. Комісія обговорює кожне прохання окремо, її завдання – схвалити або відхилити відповідне прохання.

До Національної комісії з питань вибору статі дитини мають право подати прохання такі особи:

- а) подружжя, яке перебуває в законному шлюбі;
- б) особи (подружжя), які перебувають у цивільному шлюбі (ядуім бецібур), і цей факт підтверджений угодою про спільне життя, схваленою адвокатом; при цьому зазначені особи не перебувають у шлюбі з іншими людьми;
- в) самотійна жінка.

Умови отримання дозволу на вибір статі дитини є такими:

- 1) є реальний і значний ризик нанесення серйозної та істотної шкоди психічному здоров'ю батьків, або одного з батьків, або майбутній дитині, якщо не буде виконано процедуру вибору статі дитини;
- 2) у заявників цього прохання вже є щонайменше четверо спільних дітей однієї статі, при цьому в них немає дітей іншої статі (за винятком надзвичайних, особливо рідкісних випадків з особливими обґрунтуваннями, які будуть записані в рішенні комісії);
- 3) майбутні батьки отримали генетичну консультацію, їм роз'яснені всі подробиці цієї процедури; вони

отримали консультацію лікаря – спеціаліста з репродуктивної медицини щодо шансів і ризиків, а також щодо етичних міркувань, пов'язаних із вибором статі дитини, до імплантації не в медичних цілях, у тому числі про статус і майбутнє ембріонів статі, які не були обрані для імплантації, і батьки дали письмову свідому згоду на проведення цієї процедури. Також батьки обов'язково повинні дати окрему свідому згоду на проведення екстракорпорального запліднення;

4) майбутнім батькам роз'яснено, що якщо нормальні ембріони не будуть бажаної статі, не буде отримано дозвіл на додатковий цикл екстракорпорального запліднення з метою вибору статі дитини до використання з метою розмноження всіх отриманих нормальних ембріонів;

5) після дослідження всіх професійних та етичних аспектів комісія дійшла висновку, що є вагоме виправдання для проведення процедури вибору статі дитини в цьому випадку [7].

Вважаємо, що внаслідок вирішення питання про надання дозволу чи закріплення відповідної заборони в законодавстві на право вибору статі майбутньої дитини така державна політика за своєю суттю радикально не впливає на те, чи буде народжена дитина небажаної статі. Зазначений вибір покладається насамперед на майбутніх батьків, і якщо вони не бажають такого народження, то в них є достатні засоби для цього, передусім штучне переривання вагітності, у тому числі незаконним шляхом (наприклад, у країнах, де аборт законодавчо заборонений), а також використання відповідних послуг із визначення статі дитини в тих державах, де це дозволено. Адже статистика показує, що в цих країнах, незважаючи на вжиті законодавчі заходи (заборону ультразвукового дослідження, заборону селективних абортів тощо), і надалі спо-

стерігається неприродний дисбаланс у народженні хлопчиків та дівчаток. До того ж у таких державах, навпаки, збільшується кількість нелегальних абортів, смертей вагітних жінок і породіль тощо.

Варто наголосити на тому, що ми не закликаємо скасовувати або не впроваджувати норми про заборону селективного вибору статі чи заборони селективного абортів через їх неефективність. Навпаки, вони повинні бути закріплені в законодавстві держави, особливо в тій, де наявна диспропорція в народженні хлопчиків і дівчаток. Однак реальною протидією буде лише в разі комплексної політики держави, у тому числі шляхом проведення освітніх і культурних заходів, зміни порядку соціального забезпечення осіб похилого віку тощо, що дасть змогу із часом змінити громадську думку стосовно переваг у народженні виключно хлопчиків.

На нашу думку, кращим є встановлення чіткого порядку й підстав для надання дозволу на вибір статі майбутньої дитини. Тобто майбутні батьки повинні бути переконані в тому, що вони можуть отримати дитину бажаної статі (навіть за допомогою сучасних технологій), однак за умови дотримання певних вимог, у тому числі народження певної кількості дітей, які повинні передувати наданню державою такого законодавчого дозволу. Інакше кажучи, вони повинні мати обґрунтовану надію, що зможуть задовольнити свою потребу в дитині відповідної статі.

З огляду на викладене та на загальну демографічну ситуацію наявність істотного ризику спадкових хвороб, які також можуть бути пов'язані з неблагополучною екологічною ситуацією в Україні, ми не можемо погодитися з К. Москаленко [1, с. 50] в тому, що в

нашій державі необхідне встановлення законодавчої заборони вибору статі майбутньої дитини.

Висновки. З огляду на особливості України з існуючою кризовою тенденцією до скорочення чисельності населення, відсутність істотного дисбалансу між народжуваністю дітей різних статей у нашій країні, а також специфіку національного менталітету й традицій, у тому числі щодо народження кількості дітей, вважаємо за доцільне передбачити в національному законодавстві такі істотні положення в цій сфері:

1) в Україні має бути дозволена преімплантаційна генетична діагностика, яка включає в себе можливість визначення статі майбутніх дітей;

2) подружжя або особи, які перебувають у цивільному шлюбі, або самотня особа (одиначка чи одиначка) мають право визначитися зі статтю майбутньої дитини в таких випадках:

– є загроза виникнення серйозного спадкового захворювання, пов'язаного зі статтю;

– у майбутніх батьків уже є щонайменше одна дитина протилежної статі (так званий баланс сім'ї (family balancing); прикладом можуть слугувати Кіпр, Мексика, Таїланд тощо);

– майбутні батьки (одиначка, одиначка) бажають (бажає) під час здійснення екстракорпорального запліднення зробити одночасний перенос жінці двох ембріонів різної статі;

– у разі виникнення суттєвого демографічного крену на користь однієї статі (наприклад, хлопчиків) батьки бажають дитину іншої статі (тобто дівчинку).

Зазначений алгоритм може бути застосований і в інших державах, які зіштовхнулися з проблемою гендерного дисбалансу новонароджених.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Москаленко К. Вибір статі майбутньої дитини за соціальними та медичними показаннями: проблеми правового регулювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 2. С. 48–51.
2. ООН б'єт тревогу: Азії не хватает миллионов женщин. URL: <https://news.un.org/ru/audio/2013/01/1016351> (дата звернення: 26.05.2019).
3. Дозволено ли медицинское вмешательство для планирования пола ребенка? URL: https://islam-today.ru/veroucenie/poklonenie/dozvoleno_li_meditsinskoe_vmeshatelstvo_dlya_planirovaniya_pola_rebenka/ (дата звернення: 27.05.2019).
4. Женщины и здравоохранение: оговорка в контексте выступления представителя Святейшего Престола на 4-м заседании Главного комитета 14 сентября 1995 г. URL: <http://www.owl.ru/win/pecin/ch4-c.htm> (дата звернення: 15.04.2019).
5. Выбор пола ребенка до его рождения: Резолюция Совета Европы № 1829 (2011) от 3 октября 2011 г. URL: <https://rm.coe.int/1680630c4a> (дата звернення: 15.09.2019).
6. Выбор пола ребенка до его рождения: Рекомендация Совета Европы № 1979 (2011) от 3 октября 2011 г. URL: <https://rm.coe.int/1680630c4a> (дата звернення: 27.05.2019).
7. Выбор пола ребёнка / Национальная комиссия по вопросам выбора пола ребёнка посредством предимплантационной генетической диагностики. URL: https://www.health.gov.il/Russian/Services/Citizen_Services/Pages/gender.aspx (дата звернення: 27.05.2019).

Modern scientific advancements have given future parents, among other things, an opportunity that did not exist until now – to choose the sex of the future child in the very first stages since conception. However, many states are trying to keep their citizens from making that choice. Existing cultural traditions, customs and attitudes in society create the conditions in which a person becomes a voluntary hostage to them, which can lead to a clear demographic roll. The desire to have children of the same sex, usually boys, poses a real threat to the general population of the country and is a challenge to public policy in the area of population. The article demonstrates the issues of legal regulation of the choice of the sex of the future child in terms of international law and some national laws. Significant problems are pointed out, which are related to both the presence and absence (prohibition) of granting the right to the citizens of this choice to the citizens, including medical indicators. Such important topics as selective abortion, as well as the abandonment of children or the killing of newborns of unwanted sex are highlighted separately. The possibility of pre-implantation genetic diagnostics in avoiding threats to the life and health of women by reducing the number of cases of artificial termination of pregnancy due to conception of the child of the desired sex is revealed. The right of the person to choose the sex of the future child is justified and the cases when such choice should be encouraged by the state, or at least not create artificial obstacles to the exercise of this right. The peculiarities of exercising the right to choose the sex of the future child in Ukraine, the relationship of this power with the real demographic situation in the state and the state population policy are pointed out. It is emphasized that since there is no obvious imbalance of articles in our country, there are currently no prerequisites for rigid state policy in this field and the imposition of strict bans on such a selective choice.

Key words: human rights, natural rights, right to continue of the genus, reproductive rights, sex selection, preimplantation genetic diagnosis.

РОЗДІЛ 2

КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ ЯК СУЧАСНА НАУКА

УДК 342.4

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.06>

УНІКАЛЬНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ СУЧАСНОГО ЄВРОПЕЙСЬКОГО КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМУ

A UNIQUE STUDY OF CONTEMPORARY EUROPEAN CONSTITUTIONALISM

Баймуратов М.О.,

*доктор юридичних наук, професор,
заслужений діяч науки і техніки України,
головний науковий консультант
відділу європейського права та міжнародної інтеграції
Інституту законодавства Верховної Ради України*

Бочарова Н.В.,

*кандидат історичних наук, доцент,
Дніпровський гуманітарний університет*

Стаття присвячена аналізу публікації підсумків унікального у європейському праві дослідницького проєкту «Роль і майбутнє національних конституцій в європейському та глобальному управлінні» (2012–2018). Підкреслюється, що масштабне та систематичне дослідження порівняльного конституційного права дає змогу визначити сучасну європейську конституційну культуру та різноманітні елементи порівняльного європейського конституційного ландшафту і те, як на них вплинули чи змінили управління ЄС та глобальне управління. На відміну від загальноприйнятого в ЄС дискурсу враховувати вплив національних конституцій на формування конституційного права ЄС, у тому числі через відстоювання принципу суверенітету, це дослідження робить акцент на тому, як ЄС і транснаціональне право вплинули на конституційну культуру в конкретних країнах, насамперед у таких сферах, як захист основних прав, гарантії верховенства права і конституційний контроль. У цьому плані, на думку авторів статті, можна виділити три основні напрями критичного аналізу. По-перше, досліджується, як національні конституції відображають передачу повноважень від внутрішніх до європейських та глобальних інститутів (загальноєвропейський управлінсько-парадигмальний дискурс). По-друге, переглядаються основні конституційні цінності, такі як захист конституційних прав, верховенство права, демократична участь і перегляд конституції, а також рішення конституційних судів і Суду ЄС, які стосуються захисту цих прав і цінностей у транснаціональному контексті (загальноєвропейський аксіологічно-трансформаційний дискурс). По-третє, розглядаються проблеми у контексті глобального управління щодо судового нагляду, демократичного контролю та підзвітності (глобально-регіональний управлінсько-

субординаційний дискурс). Окрему увагу авторами статті приділено характеристиці кризових явищ у національному конституціоналізмі ЄС та концепції *кооперативного конституціоналізму*, обґрунтованої керівником проєкту проф. А. Альбі (Albi). У підсумку констатується, що опубліковані матеріали дослідницького проєкту ЄС задокументували глибокі зміни в розвитку європейського конституціоналізму і забезпечили підґрунтя для подальшої наукової дискусії про майбутній розвиток національного, європейського та глобального конституціоналізму.

Ключові слова: конституціоналізм, право ЄС, наднаціональне право, глобальне управління.

На початку 2019 р. в Європейському Союзі (далі – ЄС) вийшла унікальна знакова публікація *«Національні конституції в європейському та глобальному управлінні: демократія, права, верховенство права. Національні доповіді»* за ред. Аннелі Альбі (Albi) та Само Бардуцкі [1]. Вона містить двадцять дев'ять всебічних національних доповідей (28 країн ЄС і Швейцарія), які доступні в Інтернеті в книзі у двох томах через відкритий доступ за ліцензією Creative Commons Attribution 4.0 International.

Національні доповіді були підготовлені за програмою дослідницького проєкту *«Роль і майбутнє національних конституцій в європейському та глобальному управлінні»* (2012–2018). Фінансувався проєкт за рахунок гранту в розмірі 1,2 млн євро Європейською дослідницькою радою (Грантова угода № 284316) у рамках Сьомої рамкової програми ЄС з наукових досліджень і технологічного розвитку. Грант дав змогу провести це масштабне та систематичне дослідження порівняльного конституційного права, яке в іншому разі, можливо, ніколи не було б реалізоване.

Проєкт об'єднав більш ніж шістдесят учасників – провідних учених-конституціоналістів Європи. Координаторами проєкту і відповідно редакторами видання стали Аннелі Альбі – професор європейського права в Кентському університеті (Велика Британія) та Само Бардуцкі – доцент кафедри конститу-

ційного права в Університеті Любляни (Словенія).

Сприятливе середовище для проведення цього дослідження надала Юридична школа Кентського університету. Багато питань дослідження беруть свій початок на семінарах, які проводилися протягом багатьох років, і в дискусіях з колегами у Центрі критичного міжнародного права (CECIL) і Кентському центрі європейського та порівняльного права (KCECL), особливо в тому, що стосується деяких з найбільш спірних проблем сучасного європейського конституційного розвитку.

Метою цього визначного і фундаментального в європейському праві дослідження став системний аналіз нових викликів, що повстали в ЄС перед конституційним правом і транснаціональним управлінням у складних умовах національного та корпоративного конституційного розвитку, обтяженого останніми роками виходом Великої Британії з ЄС (*Brexit*), кризою наднаціонального управління, що була викликана не тільки цією подією, а й відповідними негативними діями політичного керівництва, законодавчої та виконавчої влади окремих держав-членів Союзу (Польща, Угорщина), скерованими проти конституційного устрою своїх держав щодо незалежності судової влади та забезпечення належного обсягу конституційних прав і свобод людини і громадянина. Отже, завдання дослідників полягало в тому, щоб переглянути і критично осмислити роль

національних конституцій тоді час, коли процес прийняття рішень у державах об'єднаної Європи все більше зміщується на європейський і транснаціональний рівень.

І хоча у вступному розділі публікації було вказано, що ця книга обмежена хронологічними рамками до 2016 р. і не стосується останніх змін, як-то брекзит та посилення неліберальних тенденцій у конституційному розвитку деяких східноєвропейських країн, вона все ж є відповіддю апологетам зазначених негативних явищ у загальноєвропейському будівництві. Бо книга саме й досліджує глибоку системну порівняльну європейську конституційну культуру та різноманітні елементи порівняльного європейського конституційного ландшафту і те, як на них вплинули чи змінили управління ЄС та глобальне управління.

Новаторським відкриттям проєкту стало виділення трьох широких конституційних культур в Європі: 1) політичні чи історичні конституційні культури (Велика Британія, Мальта, Нідерланди, Люксембург, держави Північної Європи); 2) посттоталітарні і поставторитарні конституційні культури (Німеччина, Італія, Іспанія, Португалія, Греція та Центрально-Східна Європа, включаючи Угорщину до 2010 року і Польщу до 2016 року); 3) традиційні правові конституції (Франція, Бельгія, Австрія, Ірландія, Кіпр).

Отже, проєкт виявив, що посттоталітарні і поставторитарні конституції Європи, які побудовані за зразком Основного закону Німеччини і відображають принцип «ніколи більше», втілюють найбільш докладні, кодифіковані і захищені в судовому порядку основні права, соціальні права і гарантії верховенства права в світі.

На відміну від загальноприйнятого в ЄС дискурсу враховувати вплив національних конституцій на формування конституційного права ЄС, у тому числі

через відстоювання принципу суверенітету, це дослідження робить акцент на тому, як ЄС і транснаціональне право вплинули на конституційну культуру в конкретних країнах, насамперед у таких сферах, як захист основних прав, гарантії верховенства права і конституційний контроль. У цьому плані можна виділити три основні напрями критичного аналізу. По-перше, досліджується, як національні конституції відображають передачу повноважень від внутрішніх до європейських та глобальних інститутів (загальноєвропейський управлінсько-парадигмальний дискурс – *Авт.*). По-друге, переглядаються основні конституційні цінності, такі як захист конституційних прав, верховенство права, демократична участь і перегляд конституції, а також рішення конституційних судів і Суду ЄС, які стосуються захисту цих прав і цінностей у транснаціональному контексті (загальноєвропейський аксіологічно-трансформацийний дискурс – *Авт.*). По-третє, розглядаються проблеми в контексті глобального управління щодо судового нагляду, демократичного контролю та підзвітності (глобально-регіональний управлінсько-субординаційний дискурс – *Авт.*).

У спеціальній анкеті, яку отримали вчені-учасники проєкту, пропонувалось акцентувати особливу увагу на аналізі таких питань внутрішнього конституційного розвитку, як:

а) конституційні поправки з метою вступу до ЄС (закріплення фактичного допуску держави до вступу в міжнародне міждержавне інтеграційне об'єднання та легалізація можливості застосування наднаціонального права із закріпленням його обов'язковості, а також як джерел національного конституційного права – *Авт.*);

б) конституційні рішення на національному рівні стосовно таких заходів ЄС, які зачіпають конституційні права громадян, як Директива про збереження

даних (Directive 2006/24/EC), Європейський ордер на арешт, кримінальне законодавство ЄС, Договір ESM (Європейський стабілізаційний механізм), програми жорсткої економії та врегулювання кризових явищ та інші (легалізація застосування в національному конституційному праві (національному конституційному законодавстві) європейських нормативних настанов щодо захисту й обмеження конституційних прав людини і громадянина – *Авт.*).

На ширшому рівні авторам було також запропоновано поміркувати над тим, що все частіше називають «розмиванням або сутінками конституціоналізму» (erosion or twilight of constitutionalism) або переходом до тонкої версії (thin version) верховенства закону, демократії і судового контролю в контексті європеїзації і процесів глобалізації, тобто визначити наслідки появи, прояву, дії та функціонування як у теорії, так і в праксеологічній площині двох глобально-нормативних тенденцій, що є об'єктивною рисою правової глобалізації, яка здійснюється на регіональному й універсальному рівнях – інтернаціоналізації конституційного правопорядку держав та конституціоналізації сучасного загального міжнародного права, саме це детермінує кризові явища в національній державності, суттєво модернізує феноменологію державного суверенітету, розмиваючи його традиційно класичне наповнення, викликає відповідний дисбаланс у діяльності національних законодавчих та виконавчих інституцій, підспудно формуючи більш глибокі антагоністичні явища вже в самій європейській інтеграції.

Необхідно наголосити на тому, що в концептуальному аспекті кризові явища національного конституціоналізму в ЄС уже досліджувалися в працях таких відомих конституціоналістів Європи, як Д. Грімм (розмивання конституціоналізму), А. Петерс (деконституціоналі-

зація або «спустошення» національних конституцій), Р. Расмуссена (регресивний конституціоналізм). Останніми роками криза у фінансовій системі ЄС (зокрема, Європейська боргова криза, або криза суверенного боргу в низці європейських країн 2010 р.) обґрунтовано викликала посилення побоювань з приводу тривалого і, можливо, навіть незворотного призупинення конституціоналізму, правової держави і демократії. Деякі вчені писали про «занапад» конституціоналізму в Європі або навіть «смерть конституціоналізму, як ми його знаємо». Прикладом цього є академічні публікації у популярному на Заході збірнику «Сутінки конституціоналізму?» за редакцією авторитетних фахівців у галузі конституційного права П. Дебори і М. Лафлина [2].

Головний керівник і координатор проекту А. Альбі не поділяє цих песимістичних поглядів. На основі національних доповідей професор Альбі написала порівняльну монографію *«Національні конституції в європейському та глобальному управлінні: демократія, права, верховенство права – порівняльне дослідження»*, яка готується до випуску наприкінці 2019 р. (Albi A. National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law – A Comparative Study' (T.M.C. Asser Press & Springer; forthcoming at the end of 2019).

Ключовим елементом цього дослідження буде подальший розвиток концепції «кооперативного конституціоналізму», яку дослідниця сформулювала ще у 2007 році в статті «Верховенство права ЄС у нових державах-членах. Введення парламентів у рівняння «кооперативного конституціоналізму» [3].

У контекстуалізації наведеного необхідно наголосити на тому, що підставою для обґрунтування перспективи формування *кооперативного конституціоналізму* стало внесення конституційних

поправок під впливом права ЄС у Польщі, Естонії, Латвії, Угорщині та Чеській Республіці без залучення судових органів. Отже, визначився безконфліктний шлях взаємодії внутрішньо-державного і наднаціонального права. Він має бути продовжений через діалог органів конституційного правосуддя і наднаціональних судових органів, щоб поступово виробляти межі розуміння, юридичні межі і культурно-етнічні компоненти конституційної самобутності окремих держав як перед обличчям наднаціональних органів, так і в контексті порівняння з іншими суверенними демократіями, об'єднаними в рамках ЄС.

У розпалі підготовки проєкту «Національні конституції» у 2015 році А. Альбі виступила з програмною статтею «Ерозія конституційних прав у законодавстві ЄС: заклик до «субстантивного кооперативного конституціоналізму» [4] у *Віденському журналі міжнародного конституційного права*. У ній констатується поступовий процес переходу від класичної конституційної парадигми або публічно-правової парадигми до автономної конституційної парадигми ЄС і глобального управління, яка має свою внутрішню логіку і пріоритети, насамперед прагнення до уніфікації.

Дослідниця визнає, що розвиток законодавства ЄС останніми роками (стосовно захисту прав на єдиному ринку, антитерористичних заходів, кроків щодо введення кримінальних і адміністративних санкцій на підставі телеологічного тлумачення без конкретного законодавства та ін.), а також обмеження доступу до судів і прогалини у конституційному контролі зачепили основні європейські конституційні цінності прав людини, правової держави і конституційного нагляду. Замість них пріоритет надається принципам управлінської ефективності, однаковості (uniformity), прямого впливу (direct effect),

відповідальності (trust) і лінії на перевагу (supremacy) законодавства ЄС над правами, закріпленими у національних конституціях.

Констатуючи такі зміни, А. Альбі разом із тим рішуче заперечує проти наявного в країнах ЄС «спрошеного євроскептичного дискурсу», який зводить захист національних конституцій до «старомодного небажання» відмовитися від суверенітету. Вона аналізує причини зміни парадигми конституціоналізму в об'єднаній Європі на основі доктринального аналізу літератури з епістемології права ЄС і транснаціонального права і стверджує, що такий зсув не є єдиним напрямом конституційного розвитку в ЄС. Її пропозиції зводяться до розвитку більш змістовної версії «кооперативного конституціоналізму» й обґрунтування заходів, які її забезпечити на практиці. Зі сторони держав-членів вони включають більш компромісну й активну роль (significantly more probing and proactive role) конституційних судів, верховних судів і парламентів у захисті національних конституцій, а зі сторони ЄС – створення механізмів у його інституційній структурі і судовій системі для більш чутливого (for greater responsiveness) реагування на національні конституційні цінності і підтримання конституційного різноманіття (constitutional diversity) держав.

Експерти з конституційного права в своїх національних доповідях також висунули багато цінних практичних пропозицій (a wealth of welcome suggestions, як пишуть коментатори проєкту) [5] з вирішення проблем, що перебувають на межі і стику національного та європейського конституційного права з метою збереження досягнутих міжнародних і регіональних правових стандартів захисту основних прав, гарантій верховенства правового закону і підтримки національних конституційних культур у Європі.

Треба враховувати, що контекстуалізація наведених телеологічних домінант щодо збереження досягнутих міжнародних і регіональних правових стандартів національним і європейським конституційним правом напряду впливає на складні різнопредметні та різнооб'єктні процеси формування та прояву глобального конституціоналізму, але не з позицій автоматичного складання феноменів національного конституціоналізму кожної з держав-аплікантів, що досліджувались у процесі реалізації проєкту, та феноменології європейського конституціоналізму. Насамперед тут ідеться про підвищення якості глобально-регіонального та регіонально-національного правового простору, що виступає втіленням універсальних конституційних цінностей на міжнародній арені в повсякденному співробітництві держав-членів міжнародного співтовариства. І саме це сприяє виникненню системного комплексу міжнародних гарантій щодо захисту основних прав людини, верховенства правового закону, що є наріж-

ним каменем демократичної правової державності і вагомим фактором перманентного розвитку національних конституційних культур у Європі.

Необхідно наголосити на тому, що результати проєкту викликали значний суспільний інтерес, у тому числі запрошення його учасників виступити з доповідями на експертних слуханнях на засіданні Комітету Європейського парламенту з конституційних питань «Майбутнє Європи» і на семінарі, організованому Асоціацією Вищих адміністративних судів Європи (Association of Europe's Supreme Administrative Courts).

У підсумку можна констатувати, що опубліковані матеріали дослідницького проєкту ЄС задокументували глибокі зміни в розвитку європейського конституціоналізму і забезпечили підґрунтя для подальшої наукової дискусії про майбутній розвиток національного, європейського та глобального конституціоналізму. Вважаємо, що знайомство з ними буде корисним і вітчизняним дослідникам конституційного права.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law. National Reports / ed. by A. Albi and S. Bardutzky. The Hague : T.M.C. Asser Press, 2019. 1522 p.
2. The Twilight of constitutionalism? / ed. by P. Debora and M. Loughlin. Oxford : Oxford Univ. Press., 2010. 370 p.
3. Albi A. Supremacy of EC Law in the New Member States Bringing parliaments into the Equation of "Co-operative Constitutionalism". *European Constitutional Law Review*. 2007. Vol. 3, Iss. 1. Pp. 25–67.
4. Albi A. Erosion of Constitutional Rights in EU Law: A Call for "Substantive Co-Operative Constitutionalism". Part 2. *Vienna Journal of International Constitutional Law*. 2015. No 9(3). Pp. 291–343.
5. University of Kent. The Role of National Constitutions in European and Global Governance. URL: <https://research.kent.ac.uk/roc/>.

The article is devoted to the analysis of the publication of the results of a unique research project in European law "*The Role and Future of National Constitutions in European and Global Governance*" (2012–2018). It is emphasized that a large-scale and systematic study of comparative constitutional law allows us to determine the modern European constitutional culture and the various elements of the comparative European constitutional landscape and how they have been influenced or changed by EU governance

and global governance. In contrast to the common EU discourse to take into account the influence of national constitutions on the formation of EU constitutional law, including through the assertion of the principle of sovereignty, this study focuses on how the EU and transnational law have influenced the constitutional culture in particular countries, especially in such areas as protection of fundamental rights, guarantees of the rule of law and constitutional control. In this regard, according to the authors of the article, there are three main areas of critical analysis. First, it examines how national constitutions reflect the transfer of powers from internal to European and global institutions (pan-European governance and paradigm discourse). Secondly, fundamental constitutional values such as the protection of constitutional rights, the rule of law, democratic participation and revision of the constitution are reviewed, as well as decisions of the constitutional courts and the Court of Justice concerning the protection of these rights and values in a transnational context (pan-European axiological-transformational discourse). Third, issues in the context of global governance in judicial oversight, democratic scrutiny and accountability (global-regional governance-subordination discourse) are addressed. The authors of the article pay special attention to the characterization of the crisis in national constitutionalism of the EU and the concept of *cooperative constitutionalism*, justified by the project manager, Prof. A. Albi. As a result, it is stated that the published materials of the EU research project have documented profound changes in the development of European constitutionalism and provided the basis for further scientific discussion on the future development of national, European and global constitutionalism.

Key words: constitutionalism, EU law, supranational law, global governance.

УДК 342.3: 340.12

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.07>

ЧИ СПРАВДІ НАРОД Є ДЖЕРЕЛОМ ВЛАДИ?

DO THE PEOPLE ARE THE SOURCE OF POWER?

Кононенко Ю.С.,

кандидат юридичних наук, доцент,

завідувач кафедри державно-правових дисциплін

Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького

Джолос С.В.,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри державно-правових дисциплін

Черкаського національного університету імені Богдана Хмельницького

У статті критично осмислено тезу про те, що народ є джерелом влади. Автори ставлять питання: якщо владарює народ, то хто ж тоді є підвладним? як ідуть справи у монархічних державах, де королі правлять за божественним правом? як бути із колоніальними і тоталітарними державами: невже і там народ, будучи уярмленим, все одно залишається джерелом влади і сам себе пригноблює? як співвідносяться теза «народ – джерело влади» з іншими політико-правовими концепціями на кшталт вчення про суверенітет, природне право і суспільний договір? тощо. З'ясовано, що теза про те, що «народ є джерелом влади» є вельми дискусійною та являє собою не констатацію факту чи декларацію, а ідеологічний штамп демократії. Зазначається, що реальним джерелом влади є природа (об'єктивні закони світобудови), яка дарує розум і силу для організації держави та забезпечення добробуту. Виявлено, що головним фактором, що зумовлює появу та існування держави, є суверенна влада, що володіє достатнім рівнем ефективності. При цьому насправді влада тримається на силі та відсутності опору підвладних. Вказано, що наділення народу владою суперечить логіці утворення держави як інструменту забезпечення добробуту та може створювати загрозу повернення до хаосу додержавного стану. До того ж народ легко піддається маніпуляції, тому в реальності він є об'єктом, а не суб'єктом панування. Зазначається, що суверенітет, тобто верховенство, абсолютність, постійність, єдність, незалежність, необмеженість і неподільність, є властивостями виключно державної влади, яка згуртовує народ на певній території для досягнення певної цілі, що призводить до утворення держави. Підкреслено, що тільки держава, сильна у військовому, політичному та економічному плані, спроможна забезпечити реалізацію інтересів суспільства.

Ключові слова: влада, джерело влади, народ, народний суверенітет, суверенітет, державний суверенітет, держава, природа, насильство, сила.

Постановка проблеми. Конституції багатьох сучасних держав стверджують, що джерелом влади є народ. Разом із тим виникають питання: якщо

владарює народ, то хто є підвладним? як ідуть справи у монархічних державах, де королі правлять за божественним правом? як бути із колоніальними

і тоталітарними державами: невже і там народ, будучи уярмленим, все одно залишається джерелом влади і сам себе пригноблює? як співвідносяться теза «народ – джерело влади» з іншими політико-правовими концепціями на кшталт вчення про суверенітет, природне право і суспільний договір? тощо. Отже, теза про народ як джерело влади є вельми неоднозначною, що і зумовлює необхідність дослідження зазначеної проблеми.

Аналіз досліджень і публікацій. Загалом, досліджуваній проблематиці було присвячено праці багатьох авторів, зокрема, таких як: Ю. Барабаш, Я. Богів, Ж. Боден, М. Буроменський, А. Колодій, В. Копейчиков, Н. Крестовська, Б. Кухта, С. Лінецький, В. Маклаков, Н. Макиавеллі, Л. Матвєєва, Ю. Мірошніченко, Ю. Оборотов, А. Овчаренко, О. Прієшкіна, І. Сліденко, В. Теліпко, В. Тимошенко, В. Федоренко, А. Цвіркун, Г. Шершеневич та ін.

Формулювання цілей статті. У межах цієї статті ми плануємо висвітлити питання, яким ще не було приділено досить уваги, зокрема: а) осмислити тезу про народ як джерело влади та з'ясувати, чи відповідає вона дійсності; б) виявити, що ж насправді є джерелом влади; в) вказати на реальні підвалини державно-правового буття, які необхідно правильно розуміти та враховувати у справі державного будівництва та управління тощо.

Виклад основного матеріалу. Ідея про те, що народ є джерелом влади набула популярності після Французької революції 1789–1799 рр. Так, у ст. 3 Декларації прав людини і громадянина 1789 р. вказано, що «Джерелом всякого суверенітету є, по суті, народ. Жодна сукупність осіб, жодна окрема особа не можуть здійснювати владу, котра прямо не походила би від народу» [1, с. 135].

Ю. Барабаш зазначає, що «Положення про належність влади народу є засадничим для всіх можливих ідей

та концепцій демократії, а демократія завжди більшою або меншою мірою означає народовладдя, тобто визнання суверенітету народу та його участь у політичному житті» [2, с. 80].

Тож не дивно, що ідеї народного суверенітету перекочували з Декларації 1789 р. до конституцій сучасних демократичних держав. Так, ст. 3 Конституції Французької Республіки 1958 р. зазначає, що «національний суверенітет належить народу, котрий здійснює його через своїх представників і за допомогою референдуму. Жодна частина народу, жодна окрема особа не можуть привласнити собі його здійснення» [1, с. 106]. Ст. 1 Конституції Італійської Республіки 1947 р. вказує, що «суверенітет належить народу, котрий здійснює його у формах і в межах, установлених Конституцією» [1, с. 243]. У ч. 2 ст. 1 Конституції Королівства Іспанія від 27 грудня 1978 р. зазначено, що «національний суверенітет належить іспанському народу, від котрого походять повноваження держави» [1, с. 298]. У ч. 2 ст. 1 Конституції Греції від 9 червня 1975 р. сказано, що «народний суверенітет становить основу політичного режиму» [1, с. 363]. Відповідно до ч. 2 ст. 5 Конституції України від 28 червня 1996 р. «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ» [3].

Згідно з Рішенням Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 р. № 6-рп/2005 (справа про здійснення влади народом), «Положення частини другої статті 5 Конституції України «носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ» треба розуміти так, що в Україні вся влада належить народові. Влада народу є первинною, єдиною і невідчужуваною та здійснюється народом шляхом вільного волевиявлення через вибори, референдум, інші форми безпосередньої демократії у порядку, визначеному Конституцією та законами України, через органи дер-

жавної влади та органи місцевого самоврядування, сформовані відповідно до Конституції та законів України» [4].

Разом із тим є чимало неоднозначних моментів, пов'язаних з ідеями народного суверенітету. Так, Ю. Мірошниченко вказує, що «в теорії конституційного права давно вже точаться дискусії щодо розмежування державного, народного та національного суверенітетів. У руслі цього визначення категорії «національний суверенітет» через категорію «народний суверенітет» видається некоректним» [5, с. 34]. Дослідник зауважує, народу відводиться недостатнє місце у Конституції та чинному законодавстві України, адже новообрані народні депутати (ст. 79 Конституції) та новообраний Президент (ст. 104 Конституції) «присягають на вірність Україні», а не «Українському народу», правосуддя здійснюється «іменем України», а не «іменем Українського народу», та й органи держави здебільшого діють «від імені держави», а не «іменем народу», хоча народ проголошується «єдиним джерелом влади» [5, с. 37–38]. Загалом же, дослідник вказує на необхідність «зміни філософії влади», що полягає у «перевертанні піраміди цінностей: «не людина для держави, а держава для людини» [5, с. 35].

В юридичній літературі також інколи зазначається, що категорія «народний суверенітет» «живе скоріше як відповідна концепція, і основна її суть полягає у визначенні першоджерела влади» [6, с. 25]. При цьому вказується, що, «на жаль, народний суверенітет справді дуже часто сприймається поки що як декларація, фікція, утопія» [5, с. 34].

О. Прієшкіна зазначає, що «визнання народу джерелом влади є важливою віхою в політичній історії людства, яка володіє великим гуманістичним потенціалом та має воістину революційне значення, бо тільки сам народ може володіти правом бути найвищим

суддею в питаннях влади, вирішенні її долі» [7, с. 180]. Зауважимо, що ідея народного суверенітету (як «віха в політичній історії людства») існувала не завжди, тож властива лише певному історичному періоду й у перспективі може бути забута як така, що не витримала випробування часом і політико-правовими реаліями.

Окремі молоді дослідники, зокрема Я. Богів, ймовірно, натхненні подіями 2013–2014 рр., пропонують «доповнити (Конституцію) ще однією статтею або принаймні конкретизувати наявну пунктом про те, що принципи побудови держави, які закріплені в ст. 1 Конституції, є непорушними і тому всім тим, хто спробує ліквідувати цей конституційний лад, громадяни України мають право чинити опір, якщо не можуть бути використані інші засоби» [8, с. 209]. Проте не слід забувати, що відповідно до ст. 36 Кримінального кодексу об'єктом необхідної оборони є не тільки права та інтереси особи, але й «суспільні інтереси» та «інтереси держави» [9]. Тож потреба у запропонованій дослідницею нормі є спірною. Крім того, якщо громадянам буде надане право «чинити опір» «усім тим, хто спробує ліквідувати цей конституційний лад», фактично буде узаконено право на повстання, і маргінали отримають правову можливість вчиняти злочини, прикриваючись конституційно-демократичним гаслами, що, власне, і зараз становить вельми відчутну проблему. Тож проблеми суверенітету народу потребують поміркованої оцінки й адекватного сприйняття.

Як відомо, Французька революція 1789–1799 рр. мала своїми духовними натхненниками мислителів-просвітників, які у своїх працях обстоювали ідеї природного права і суспільного договору. Тож тезу про «народ – джерело влади» слід розглядати у контексті цих теорій, котрі до того ж були покладені в основу самої ідеї демократії.

Згідно з теорією природного права, джерелом права є природа, розум чи Бог [10, с. 152, 155], тобто аж ніяк не народ. Саме природа диктує об'єктивні закони світобудови, які мають бути досягнуті за допомогою людського розуму і логічно відображені у позитивних законах, створених законодавцем.

Зауважимо, що у Преамбулі Конституції України також зазначається, що «Верховна Рада України... усвідомлюючи відповідальність перед Богом, власною совістю, попередніми, нинішнім та майбутніми поколіннями... приймає цю Конституцію – Основний Закон України» [3]. Тобто вказівка на Бога дає підстави вважати, що Конституція 1996 р. ухвалювалася з урахуванням природно-правової теорії, яка визнає Бога одним із джерел права.

Логічним продовженням теорії природного права є вчення про суспільний договір, до речі, надзвичайно популярне з точки зору демократичної ідеології. Так, відповідно до договірної теорії походження держави держава виникає в результаті укладення суспільного договору, за яким народ зрікається безмежної свободи і частини своїх природних прав, які, за Т. Гоббсом, у додержавному стані породжують спричинену людськими недоліками та егоїзмом «війну всіх проти всіх», та утворює державу і владу, які мають забезпечити нормальні умови життя, зокрема мир, безпеку, досягнення загального блага [11, с. 259–260]. Таким чином, джерелом влади слід вважати не народ, а суспільний договір, тобто угоду про обмеження свободи людей, яка продиктована природою, розумом та об'єктивними законами колективного буття.

Слід зазначити, що державному буттю властиве відокремлення влади від народу, на відміну від первісно-общинного ладу, де влада мала потестарний характер, не відокремлювалася від суспільства і здійснювалася всіма його членами [10, с. 28–30; 12, с. 6–18].

Отже, якщо вважати народ джерелом влади і надати право правити всім, то тоді не буде правити ніхто, і суспільство ризикує скотитися до додержавного стану війни всіх проти всіх. Тож наділення владою всіх фактично суперечить ідеї суспільного договору та й самій державності.

Зауважимо, що навіть якщо відійти від властивих демократичній ідеології вчень про суспільний договір і природне право, й розглянути, наприклад, інші теорії походження держави і права, то побачимо, що джерелом влади є все, що завгодно, але тільки не народ – Бог (теологічна теорія), батьківська влада (патріархальна теорія), природно-кліматичні умови (теорія географічного детермінізму), насильство (теорія насильства), приватна власність та класове розшарування (класово-матеріалістична теорія), людська психіка (психологічна теорія) [10, с. 31–37] тощо.

У цьому контексті постає питання: що ж являє собою народ з політичної точки зору, тим більше, що з Нового часу панує ідея національної держави як уособлення народного суверенітету і волі народу до власної державності?

Зауважимо, що більшість держав, які у XVII–XVIII ст. стали вважатися національними, існували до того упродовж багатьох століть і були засновані шляхом насильства: варвари завоювали території Римської імперії напередодні Темних віків та утворили чимало т.зв. «варварських королівств», з яких потім постали європейські та інші держави; нормани завоювали Англію в XI ст.; а князь Олег у IX ст. – Київ та заснував державу Русь. Пізніше одні завойовники змінювали інших (щодо Українських земель, наприклад, монголи, литовці, поляки, московіти тощо), однак джерелом влади завжди виступало насильство (хоча і робилися спроби обґрунтувати божественне походження влади).

Враховуючи, що більшість сучасних держав мають доволі велику територію

і населення, слід сказати, що цим вони завдячують здебільшого середньовічним завойовникам і королям, які шляхом насильства утвердили свою владу на певній території щодо певних племен, які потім упродовж кількох століть, проведених під одним скіпетром, злилися в один народ.

Ю. Оборотов наголошує, що державі може бути властива така важлива функція, як створення нації, виразником її уособленням якої вона є: справді, радше держава формує народ, а не навпаки, адже саме вона сприяє гармонізації інтересів, стимулюванню об'єднання і дозрівання народів [13, с. 10].

Таким чином, класична тріада атрибутів держави – народ, територія, суверенна влада [10, с. 50] – вказує, що для того, аби певний народ на певній території мав державну організацію, необхідна суверенна влада, яка, як свідчить історія, завжди тримається на насильстві. Підкреслимо, що у період державотворення правитель часто був чужоземцем стосовно своїх підданих (вікінги в Нормандії, нормани в Англії, варяги на Русі, європейські монархи – у колоніальних країнах тощо), тобто не був ставлеником народу.

У цьому контексті доречно навести думку геніального класика епохи Ренесансу Нікколо Макіавеллі: «Військове мистецтво наділене такою силою, що дає змогу не лише утримати владу тому, хто народжений державцем, але і здобути владу тому, хто народився простим смертним... Нехтування цим мистецтвом є головною причиною втрати влади, тоді як володіння ним є головною причиною здобуття влади» [14, с. 87].

Отже, насправді головним фактором державотворення є суверенна влада, а її джерелом – сила. Той факт, що народ без суверенної влади не породжує державу, засвідчує, що народ є лише пасивною масою, множиною людей, якими управляють, й аж ніяк не дже-

релом влади. Народ не має чіткої політичної волі, про що свідчать істотні коливання громадської думки, непередбачуваність результатів виборів, протилежні бажання різних соціальних груп (наприклад, Схід і Захід в Україні, валлони і фламандці у Бельгії, каталонці і баски в Іспанії, шотландці у Великій Британії тощо), що за відсутності сильної центральної влади може привести державу до розпаду.

Крім того, сутність «народовладдя» найкраще виявляється за умови послаблення державної влади, наприклад, за часів революцій, повстань, громадянських воєн тощо, коли «велика революційна ідея» у виконанні народу, натхненного уявленням про те, що саме він є джерелом влади, а, значить, може робити все, що завгодно, практично неминуче реалізується у формі погромів, підпалів, розбоїв, грабежів, розправ і самосудів. При цьому жалюгідність державотворчих потуг народу чудово демонструє те, чого народ зазвичай досягає у результаті революцій: терор, розруха, зубожіння, голод, громадянська війна, іноземна інтервенція, втрата державних територій та прихід до влади або тиранів, або правителів із сумнівною репутацією. Гадаємо, що приклади Французької революції 1789–1799 рр., російських революцій та Громадянської війни 1917–1921 рр., Громадянської війни в Лівії 2011 р., Громадянської війни в Сирії, «Революції Гідності» 2013–2014 рр. та ін. у цьому контексті є досить красномовними.

Зауважимо, що держава була утворена для того, аби згуртувати людей навколо певної важливої ідеї та організувати їх за допомогою управління, законів і примусу для суспільно корисної, а не деструктивної діяльності. Народ, таким чином, є джерелом не влади, а бездумної грубої сили, яка легко піддається різним маніпуляціям та інсинуаціям, з якою, однак, змушені рахуватися навіть тирані (якщо вони не

хочуть, щоб їхній режим було повалено сприятливими інтриганами). При цьому якби народ справді був джерелом влади, володів народним суверенітетом, тобто верховною владою, тоді, значить, саме він мав би відповідати за криваві злочини жорстоких тиранів, якщо ті на кшталт Гітлера прийшли до влади у законний спосіб демократичним шляхом. Абсурдність наведеної думки вказує, що народ не є джерелом влади.

Опоненти, можливо, згадають, що у більшості сучасних держав народ обирає владу. На це ми відповімо, що у монархіях, наприклад, у Великій Британії, монарха і Палату лордів ніхто не обирає, і додамо, що у багатомільйонній державі більшість громадян особисто не знайомі з кандидатами, тож виборці є об'єктом маніпуляції з боку ЗМІ, іміджмейкерів, PR-менеджерів й іноземних спецслужб, як про це свідчать чутки щодо останніх президентських виборів у США. Також слід пам'ятати і слова, приписувані Й. Сталіну: «Не важливо, як голосують, важливо як рахують» [15].

Наші опоненти, можливо, згадають про «народний суверенітет» як один з принципів права, що означає «визнання народу єдиним джерелом влади в державі та його виключного права на зміну конституційного ладу» [16]. На це ми відповімо, що поняття «суверенітет» перекладається з французької як «верховна влада» [17, с. 427], і говорити про нього за часів феодалізму чи абсолютизму (до кінця XVIII ст.) некоректно, так само як і щодо сучасних авторитарних і монархічних держав. Отже, суверенітет народу є віянням часу й ідеологічним кліше, а не явищем, що іманентно властиве державі.

Натомість слід згадати, що поняття «суверенітет» було розроблене та введено в обіг за два століття до Французької революції у праці видатного французького мислителя XVI ст. Жана Бодена «Шість книг про республіку»

(1576 р.). Ж. Боден тлумачить суверенітет як верховну, абсолютну, постійну, єдину і неподільну владу, що властива не особистості (можновладцю чи феодалу), а державі [18, с. 110]. Враховуючи, що поняття «суверенітет» є похідним від поняття «суверен» (правитель, особа, що володіє верховною владою), очевидно, що таким чином мислитель підкреслює значення монарха як глави держави, який має поширити свою владу на всю державу, припинити сваволю окремих феодалів, церкви та партій і покласти край розбрату та хаосу братовбивчих релігійних війн, сучасником яких він був.

Ж. Боден обґрунтував ідеї суверенної держави, інтереси якої стоять понад усе, а влада є незмінною та безмежною (вона обмежується хіба що божественними і природними законами) [19, с. 107]. За вченням класика, суверенітет, як основна ознака держави, визначається як «абсолютна і постійна влада держави», «велич», «найвища влада розпоряджатися» [20, с. 689–695].

Ідеї Ж. Бодена надалі були розвинуті Г. Шершеневичем, який зазначає, що «самостійність державної влади, якою вона відрізняється від інших влад, у своєму розкритті демонструє властивості державної влади. Самостійність характеризує державну владу як незалежну, вищу, необмежену і неподільну» [21, с. 214]. Незалежність визначає положення певної державної влади стосовно будь-якої іншої державної влади. «Незалежна ззовні, державна влада є вищою або верховною всередині. Влада може бути визнана самостійною, якщо в межах тієї ж території нема влади, що стоїть вище неї... Якщо державна влада є вищою, то всі інші влади, що діють на тій же території, зумовлюються нею, мають похідний характер» [21, с. 214–215]. З верховенства влади випливає така її якість – необмеженість. Державна влада є необмеженою, оскільки у протилежному випадку вона

була б обмежена владою, що стоїть над нею, і, відповідно, вона не була б верховною. «Верховність і необмеженість – властивості, тісно пов'язані одна з одною» [21, с. 217]. Наступною важливою рисою державної влади є її неподільність: «Оскільки державна влада є вищою владою, то, очевидно, що вона єдина: двох вищих влад не може бути. З цього виявляється нова властивість державної влади – її неподільність. Державна влада завжди одна, і по суті своїй не може припустити конкуренції іншої такої ж влади стосовно тих же осіб, на просторі тієї ж території» [21, с. 220]. У разі протистояння влад певна одна влада обов'язково має підкорити всі інші, адже «якщо відбудеться дійсний поділ влад, то єдність держави не може бути збережена» [21, с. 220–221].

Отже, суверенітет – це верховна, абсолютна, постійна, єдина, незалежна, необмежена і неподільна влада, що належить державі.

Своєю чергою народ – це багатомільйонний колектив, що має розмиту волю, часто протилежні і взаємовиключні погляди, і який має підкорятися наявним законам, ухваленим владою, яка якраз й утримує народ у покорі та придушує відцентрові сепаратистські тенденції чи злочинні посягання окремих осіб та груп. Таким чином, народ не підходить на роль суверена, оскільки прямо чи побіжно не відповідає таким властивостям суверенітету, як єдність і неподільність (людей багато, вони мають різні погляди на шлях розвитку держави), незалежність, необмеженість, верховенство, абсолютність (люди підкоряються законам і владі).

Разом із тим слід згадати, що у Новітній час до класичної тріади атрибутів держави – народу, території, суверенної влади – додалася четверта ознака – міжнародне визнання або можливість вступати у відносини з іншими державами [22, с. 74; 23, с. 33]. Таким чином, навіть якби народ мав народний суверенітет

сам факт існування держави залежить від зовнішнього фактора – її визнання з боку інших держав. Отже, лише наявні держави мають владу вирішувати, чи вважати певне утворення суверенною державою, чи ні. Таким чином, підкреслимо, що суверенітет – це властивість держави, що цілком залежить від неї самої та від інших держав (а не від народу чи народів).

Зауважимо при цьому, що далеко не кожен народ є суб'єктом міжнародного права: міжнародною правосуб'єктністю володіють лише т.зв. «нації, що борються» [22, с. 90–95; 23, с. 39–40], і то лише з тією перспективою, що у разі перемоги у цій боротьбі буде утворено державу, яка буде визнана міжнародною спільнотою – наявними державами.

Зазначимо, що, попри задекларований у ст. 2 Статуту ООН принцип суверенної рівності держав [24], не всі вони мають однаковий вплив, згадаймо, наприклад, привілеї постійних членів Ради Безпеки ООН.

Слід додати, що нині державний суверенітет є не абсолютним, а відносним. Причому його обсяг і зміст можуть суттєво змінюватися залежно від того, чи є держава незалежною у міжнародних відносинах, чи є вона складником більш великого державного утворення (федерації, конфедерації), чи є вона членом певного міждержавного союзу [25, с. 117].

При цьому В. Маклаков вказує на той факт, що у сучасності розвиток міжнародних відносин спричиняє обмеження державного суверенітету на користь міжнародних співтовариств [1, V] та «можливість уступки державного суверенітету наднаціональним органам» [1, XIII]. Так, для прикладу зазначимо, що на можливість обмеження суверенітету вказано у Преамбулі Конституції Франції від 27 жовтня 1946 р. [1, с. 139], ст. 11 Конституції Італії [1, с. 245], ч. 3 ст. 28 Конституції Греції [1, с. 378] тощо.

Зауважимо, що ще гіршою є ситуація із суверенітетом слабких держав, які суттєво залежать від іноземних кредитів, міжнародних угод та обмежень, яким сильні держави нав'язують свою волю у вигляді міжнародного права, й які часто взагалі перебувають під зовнішнім управлінням. Тож зрозуміло, що народи слабких держав мають мінімальний вплив на життя всередині своєї країни (особливо коли реальна влада в ній належить плутократам, олігархам і клептократам), не кажучи вже про Всесвіт.

Таким чином, нині лише ефективна і сильна державна влада, що діє у відповідності до національних інтересів, спроможна протидіяти деструктивним зовнішнім і внутрішнім чинникам та забезпечити інтереси суспільства.

Отже, підсумовуючи викладене, слід зробити такі **висновки**:

1. Теза про те, що «народ є джерелом влади» є вельми дискусійною та більшою мірою являє собою не констатацію факту чи декларацію, а ідеологічний штамп демократії.

2. Реальним джерелом влади слід вважати природу (об'єктивні закони світобудови), яка дарує розум та силу, необхідні для організації держави, нормалізації співжиття людей, забезпечення порядку і добробуту.

3. Головним фактором, що породжує державу та забезпечує її подальше існування, є суверенна влада, що володіє достатнім рівнем ефективності.

4. Насправді, влада тримається на силі та відсутності опору підвладних внаслідок його придушення чи усвідомлення ними того факту, що вигода від повалення наявної влади буде непропорційно малою порівняно зі шкодою, яка цим може бути спричинена.

5. За державного буття, на відміну від первіснообщинного ладу, влада є відокремленою від народу і в ідеалі має формуватися на аристократично-меритократичних засадах. Наділення народу

всією повнотою влади не тільки суперечить логіці утворення держави як інструменту забезпечення добробуту, але й може створювати загрозу повернення до хаосу додержавного стану.

6. Народ є множиною людей, якими управляють, і які легко піддаються маніпуляції, тож реальне наділення народу владою призведе до її розпорошення, невизначеності політичної волі, некомпетентності та неможливості здійснення управління, а тому до послаблення держави.

7. Суверенітет, тобто верховенство, абсолютність, постійність, єдність, незалежність, необмеженість і неподільність є властивостями виключно державної влади, яка якраз і згуртовує народ на певній території для досягнення певної цілі, що призводить до утворення держави.

8. Саме держава є основним суб'єктом міжнародного права, представляє народ на міжнародній арені, і саме від її визнання з боку інших держав залежить її існування; тож народ як такий є лише об'єктом, а не суб'єктом державної та міжнародної політики.

9. Сильні держави для задоволення своїх імперських інтересів спричиняють істотний тиск на слабкі держави, у т.ч. шляхом використання міжнародного права та нав'язування різноманітних завідомо неефективних економічних та політико-правових моделей. Тому з метою самозбереження та забезпечення інтересів суспільства держава має бути сильною в економічному, військовому та політичному плані, для чого різноманітні модні сучасні навіювання мають піддаватися критичній оцінці.

Перспективним напрямом подальшої розробки відповідної проблематики є виявлення основних засад гармонійного поєднання реалізації основних справедливих прав народу з ефективною управлінською діяльністю державної влади у контексті внутрішньої і зовнішньої політики.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Конституции зарубежных государств : учебное пособие. 2-е издание, исправленное и дополненное / составитель В.В. Маклаков. Москва : Издательство БЕК, 1997. 586 с.
2. Барабаш Ю. Установча влада Українського народу як конституційний феномен. *Право України*. 2009. № 11. С. 73–80.
3. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року (зі змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
4. Рішення Конституційного Суду України від 5 жовтня 2005 року № 6-рп/2005 (справа про здійснення влади народом). *Офіційний вісник України*. 2005. 26 жовтня. № 41. С. 31. Ст. 2605.
5. Мірошніченко Ю.Р. Проблеми сприйняття українського народу як носія суверенітету і єдиного джерела влади в конституційно-правовому вимірі. *Наше право*. 2015. № 6. С. 33–39.
6. Сліденко І.Д. Теоретичні та конституційні засади народного суверенітету. *Конституція і народний суверенітет в Україні: проблеми теорії і практики реалізації* : збірник наукових праць / Товариство конституційного права; за загальною редакцією: В.М. Кампо, М.В. Савчина. Київ, 2008. С. 18–26.
7. Прієшкіна О.В. Народний суверенітет як головна засада конституційного ладу України: загальнотеоретичні аспекти. *Конституційно-правовий вимір у розвитку правової системи України* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої 95-річчю з дня народження доктора юридичних наук, професора Стрельцова Льва Михайловича (1918–1979). Четверті юридичні читання, 25 жовтня 2013 року, м. Одеса / укладачі: З.В. Кузнєцова, А.В. Левенець; за загальною редакцією: Л.О. Корчевна; Одеський національний університет ім. І.І. Мечникова. Одеса : Астропринт, 2013. С. 170–181.
8. Богів Я.І. Народний суверенітет та права людини як два основоположні, взаємопов'язані принципи конституціоналізму. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Юридичні науки. 2014. № 807. С. 207–210.
9. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. (зі змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131.
10. Крестовська Н.М., Матвеева Л.Г. Теорія держави і права: Елементарний курс. Видання друге. Харків : Одиссей, 2008. 432 с.
11. Тимошенко В.І. Договірна теорія походження держави. Юридична енциклопедія. Київ : Видавництво «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 1998. Т. 2: Д–Й. С. 259–260.
12. Правознавство : підручник / А.І. Берлач, Д.О. Карпенко, В.С. Ковальський, А.М. Колодій, А.Ю. Олійник, О.О. Підпригора; За редакцією В.В. Копейчикова, А.М. Колодія. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 752 с.
13. Оборотов Ю.Н. Современное государство: основы теории. Учебный курс. Одесса : Астропринт, 1998. 132 с.
14. Макиавелли Н. Государь; Рассуждения о первой декаде Тита Ливия / Перевод с итальянского Г. Муравьевой, Р. Хлодовского. Санкт-Петербург : Азбука-классика, 2008. 272 с.
15. Голосование. *Викицитатник*. URL: <https://ru.wikiquote.org/wiki/Голосование> (дата звернення: 11.09.2019).
16. Федоренко В.Л. Народний суверенітет. Юридична енциклопедія. Київ : Видавництво «Українська енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 2002. Т. 4: Н–П. URL: http://leksika.com.ua/10650913/legal/narodniy_suverenitet (дата звернення: 11.09.2019).
17. Кухта Б. Суверенітет. Політична наука. Словник: категорії, поняття і терміни / Б. Кухта, А. Романюк, Л. Старецька та ін.; за редакцією Б. Кухти. Львів : Кальварія, 2003. С. 427.
18. Крестовская Н.Н., Цвиркун А.Ф. История учений о государстве и праве: Курс лекций. Харьков : Одиссей, 2007. 376 с.

19. Линецкий С.В. Боден. Философский словарь / И.В. Андрущенко, О.А. Вусатюк, С.В. Линецкий, А.В. Шуба. Киев : А.С.К., 2006. С. 107.
 20. Боден Ж. Шесть книг о государстве. Антология мировой политической мысли: в 5 т. Москва : Мысль, 1999. Т. 2. С. 689–695.
 21. Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Москва : Издание Бр. Башмаковых, Типо-литография Т-ва И.Н. Кушнеревъ и Ко, 1911.
 22. Теліпко В.Е., Овчаренко А.С. Міжнародне публічне право : навчальний посібник / За загальною редакцією Теліпко В.Е. Київ : Центр учбової літератури, 2010. 608 с.
 23. Міжнародне право : навчальний посібник / За редакцією М.В. Буроменського. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 336 с.
 24. Устав Организации Объединенных Наций и Устав Международного Суда. Организация Объединенных Наций : сборник документов. Москва : Наука, 1981.
 25. Оборотов Ю.Н. Теория государства и права (прагматический курс): Экзаменационный справочник. Одесса : Юридическая литература, 2006. 184 с.
-

The article critically evaluates the thesis, that the people are the source of power. Authors discuss the questions: if the people rule the state, who is the subordinate? and what about the monarchies, where kings govern on the basis of the divine right? and what about the colonies and the totalitarian states: do the people govern there and oppress themselves? how the thesis, that the people are the source of power, correlates with other political and legal theories, such as doctrines of the sovereignty, natural law and social contract? etc. It was found, that the thesis that the people are the source of power is rather controversial. It is the ideological stamp of democracy, but not the statement of the fact or the declaration. Authors say, that the real source of power is nature (objective laws of the universe), which gives the mind and force, necessary to organize state life and guarantee welfare. It was found, that the sovereign power, which has the sufficient level of efficiency, is the main factor, which stipulates appearance and existence of the state. At the same time, in fact, the power is based on the force and on the absence of resistance of the subordinates. Authors came to the conclusion, that empowering the people is contrary to the logic of state formation and may threaten to return to the pre-state chaos. Moreover, people are easily manipulated, so in reality they are not the subject, but the object of domination. It was emphasized, that the sovereignty, that is supremacy, absoluteness, permanence, unity, independence, unrestrictedness and indivisibility are exclusive attributes of the state power, which unites the people in a certain territory to achieve a certain aim, which leads to the formation of the state. It is emphasized, that only a state, strong in military, political and economic terms, is really capable to realize the interests of society.

Key words: authority, source of power, people, popular sovereignty, sovereignty, state sovereignty, state, nature, violence, power.

РОЗДІЛ 3

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ ЗАСАДИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ОРГАНІВ ДЕРЖАВНОЇ ВЛАДИ ТА МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ

УДК 342.34

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.08>

DUE PROCESS OF LAW: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРИТЯГНЕННЯ ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ГОЛОВИ КОНСТИТУЦІЙНОГО СУДУ УКРАЇНИ

DUE PROCESS OF LAW: ACTUAL PROBLEMS OF BRINGING THE CHAIRMAN OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF UKRAINE TO DISCIPLINARY RESPONSIBILITY

Байрачна Л.К.,

кандидат філософських наук,

доцент кафедри конституційного права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Федоровська М.А.,

студентка II курсу міжнародно-правового факультету

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Робота присвячена розгляду підстав, сутності та особливостей процедури притягнення Голови Конституційного Суду України до дисциплінарної відповідальності. Метою дослідження є здійснення критичного огляду підстав і процедури притягнення Голови Конституційного Суду України до дисциплінарної відповідальності, а також визначення недоліків законодавства у цій сфері. Доведено, що Голова Конституційного Суду України є особливим суб'єктом відповідальності і дисциплінарне провадження може бути ініційоване, якщо доведені випадки грубої та невибачної непрофесійної поведінки, які завдають шкоди репутації всього суддівського корпусу. Стверджується, що дисциплінарна відповідальність не має поширюватися на зміст рішень або вироків, у тому числі у разі розбіжності юридичних тлумачень між судами, а також на випадки судових помилок або критики судової системи. Визначено сутність і значення управлінської діяльності Голови Конституційного Суду України. Проаналізовано процедуру обрання та призначення судді, який посідає адміністративну посаду в Конституційному Суді України. Констатується відсутність чіткості й однозначності нормативного регулювання підстав і процедури притягнення до дисциплінарної відповідальності Голови Конституційного Суду України. Виявлено прогалини та колізії у законодавстві, яке регулює питання притягнення до відповідальності Голови Конституційного Суду України. Вивчено практику Європейського Суду з прав людини та міжнародні стандарти в сфері судочинства, загальні основоположні принципи, які регулюють дисциплінарне провадження щодо суддів. Відзначено, що права судді, щодо якого здійснюється дисциплінарне провадження, гарантовані Конвенцією, роз-

винені у практиці Європейського суду з прав людини або містяться у міжнародних документах. Наголошується, що нагальним є вдосконалення механізму, спрямованого на конкретизацію процедурних аспектів притягнення до дисциплінарної відповідальності Голови Конституційного Суду.

Ключові слова: Конституційний Суд України, конституційна юрисдикція, суддя, Голова Конституційного Суду України, дисциплінарна відповідальність, належна правова процедура, міжнародні стандарти в сфері судочинства.

Постановка проблеми. Конституція України, проголосивши Україну демократичною, соціальною, правовою державою (стаття 1), заклала передумови для побудови держави, головним призначенням якої є максимально повне забезпечення принципу верховенства права та принципу незалежності суддів та судів. З метою забезпечення впровадження цих принципів у життя та вдосконалення конституційно-правових підвалин судоустрою у 2015–2016 рр. було проведено низку реформ та змін, що створили принципово нові стандарти незалежності суддів конституційної юрисдикції, а саме остаточно було визначено, що лише самі конституційні судді вирішують питання власної дисциплінарної відповідальності, включно зі звільненням з посади. Але, незважаючи на стрімке реформування судоустрою та судочинства, є низка проблем, що стосуються інституту відповідальності суддів Конституційного Суду України.

Постанова Конституційного Суду України від 14 травня 2019 р. щодо звільнення з посади судді Конституційного Суду Шевчука Станіслава Володимировича стала наріжним каменем висвітлення проблеми притягнення до відповідальності Голови Конституційного Суду.

Аналіз останніх наукових досліджень за проблематикою. Хоча порушене питання науковцями висвітлено доволі широко, зокрема важливими теоретичними підвалинами послужили праці таких учених, як О.М. Овчаренко «Юридична відповідальність судді:

теоретико-прикладне дослідження», С.В. Подкопаєв «Дисциплінарна відповідальність суддів: сутність, механізм реалізації», О.Ю. Дудченко «Питання щодо звільнення суддів з адміністративних посад», питання правового статусу судді цього Суду, особливо його відповідальності, не отримало належного механізму функціонування в законодавстві, що регламентує правовий статус Конституційного Суду України.

Таким чином, **мета дослідження** – здійснити критичний огляд підстави і процедури притягнення Голови Конституційного Суду України до дисциплінарної відповідальності, а також визначити недоліки законодавства у цій сфері.

Виклад основного матеріалу дослідження. Голова Конституційного Суду України є особливим суб'єктом відповідальності. Відповідно до п. 69 Рекомендації CM/Res (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки «дисциплінарне провадження може бути ініційоване, якщо суддя не виконав свої обов'язки ефективно та належним чином» [1]. Це означає, що дисциплінарні провадження проти суддів мають стосуватися випадків грубої та невибачної непрофесійної поведінки, які завдають шкоди репутації всього суддівського корпусу. Дисциплінарна відповідальність не має поширюватися на зміст рішень або вироків, у тому числі у разі розбіжності юридичних тлумачень між судами, а також на випадки судових помилок або критики судової системи.

Права судді, щодо якого здійснюється дисциплінарне провадження, гарантовані Конвенцією, розвинені у практиці Європейського суду з прав людини або містяться у міжнародних документах. Так, відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи впродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом [2]. На цю особливу процесуальну гарантію в дисциплінарному провадженні Європейський суд з прав людини наголошував неодноразово (див., наприклад, справу *Narabin v. Slovakia*). Щодо суддів цей принцип був розвинений у п. 69 Рекомендації CM/Rec (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки, де безпосередньо йдеться про те, що дисциплінарне провадження мусить проводити незалежний орган влади або суд «...із наданням гарантій справедливого судового розгляду і права на оскарження рішення та покарання» [1]. З цього випливає, що компетентність, незалежність і неупередженість судових органів особливо важливі для захисту прав людини з огляду те, що реалізація всіх інших прав зрештою залежить від належного здійснення судочинства та виконання судами їхньої ролі в підтримці конституціоналізму і верховенства закону.

Суддя, справа якого розглядається, мусить мати право на представництво (п. 5.1. Європейської хартії про Закон «Про статус суддів») [3]. Дисциплінарне провадження стосовно судді має регулюватися такими процедурами, які гарантують повне право на захист. Обвинувачений суддя мусить мати право на адвоката. Якщо суддя не в змозі виступити на свій захист, оскільки його місцеперебування невідоме, він є психічно хворим, є фізично недієздатним або має іншу хворобу, має призначатися захисник.

Згідно з п. 29 Монреальської універсальної декларації про незалежність правосуддя Суддя має право на відповідь [4]. З цього випливає, що під час розгляду дисциплінарної справи має гарантуватися справедливе ставлення до судді та можливість висловитися повною мірою. Обвинувачений суддя має право надавати пояснення на свій захист та право на засоби захисту стосовно фактів, у яких він обвинувачується. На свій захист суддя може викликати свідків, надати документи або вимагати інших заходів або дій.

Так, у п. 44 рішення *Olujić v. Croatia* Європейський суд з прав людини констатував, що ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка гарантує право на справедливий суд, у частині захисту прав і обов'язків цивільного характеру застосовується до оскарження дисциплінарної процедури проти заявника, який обіймав посаду Голови Верховного суду Республіки Хорватія. У контексті поданої скарги Суд оцінював безсторонність деяких членів Національної Суддівської Ради, які здійснювали дисциплінарне провадження, дотримання права заявника на публічність слухання та гарантій рівності сторін, допустимість тривалості дисциплінарного провадження. Суд звернув увагу, що стосовно дисциплінарної процедури проти судді рівність сторін означає, що судді, який перебуває під загрозою втрати посади, має бути надано *належну можливість представництва у справі*, включаючи надання власних доказів, *за умов, що не є суттєво несприятливими порівняно з органами, які здійснюють провадження щодо судді* (п. 78 рішення). У пункті 82 згаданого рішення Суд зазначив, що національні органи, зокрема в частині визначення прийнятності доказів, зобов'язані обґрунтовувати свої дії, наводячи мотиви прийнятих рішень. Щодо розумності строків дисциплінарного провадження, то Суд здійснює

їх оцінку у світлі обставин конкретної справи, зокрема враховуючи її складність, поведінку заявника й уповноважених органів, важливість того, що заявник може втратити в результаті розгляду справи (п. 88 рішення) [5].

Уся дисциплінарна процедура має бути повністю прозорою. Слухання з дисциплінарних питань мають бути відкритими, якщо лише суддя, щодо якого ведеться така процедура, не зажадає закритого слухання. За винятком слухань у законодавчому органі, слухання з дисциплінарних питань та питань усунення суддів з посади здійснюються в закритому режимі, втім, суддя може вимагати публічного слухання таких справ. Рішення у таких справах мають бути опубліковані незалежно від того, чи слухання проходили за зачиненими дверима, чи були публічними.

Шкала санкцій має відповідати принципу пропорційності, оскільки необхідно враховувати справедливе співвідношення між характером порушення та застосовуваної санкції.

Важливою гарантією об'єктивного та справедливого розгляду і вирішення дисциплінарної справи щодо судді є можливість оскарження прийнятого у справі рішення. Так, у п. 20 Основних принципів незалежності судових органів (схвалені резолюціями Генеральної Асамблеї ООН 40/32 від 29 листопада та 13 грудня 1985 року) наголошується, що рішення про дисциплінарне покарання, усунення від посади чи звільнення мають бути предметом незалежної перевірки. Своєю чергою рішення спеціального повноважного органу, що накладає санкції та вживає дисциплінарних заходів, мають контролюватися судовим органом найвищої судової інстанції [6].

Таким чином, загальні основоположні принципи, які регулюють дисциплінарне провадження щодо суддів: принцип рівності, принцип законності, принцип презумпції невинуватості,

принцип належної правової процедури, принцип пропорційності, принцип незалежності та неупередженості, принцип публічності, принцип “in dubio pro reo” (сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого), принцип транспарентності.

Голови судів відіграють ключову роль у представництві відповідних судів. Згідно з інформацією, яка була надана членами КРЕС під час підготовки висновку «Про роль голів судів» щодо ситуацій у їхніх державах, вага саме цієї ролі зростає. У цьому відношенні голови судів сприяють розвитку судової системи загалом, забезпечуючи відправлення окремими судами незалежного правосуддя високої якості.

Зокрема, в ст. 33 ЗУ «Про Конституційний Суд України» зазначається, що: 1. Голова Суду очолює Суд та організовує його діяльність. 2. Голова Суду: 1) здійснює загальне керівництво організацією роботи Суду та Секретаріату Суду; 2) скликає засідання, спеціальні пленарні засідання Суду, засідання, пленарні засідання Великої палати; 3) головує на засіданнях, спеціальних пленарних засіданнях Суду, засіданнях, пленарних засіданнях Великої палати; 4) входить до одного із сенатів і головує на його засіданнях; 5) здійснює розпорядження бюджетними коштами на утримання і забезпечення діяльності Суду відповідно до затверджених Судом коштів та контролює ефективність використання цих коштів Секретаріатом Суду; 6) виконує інші повноваження, передбачені цим Законом та Регламентом. 3. Голова Суду представляє Суд у відносинах з органами державної влади, іншими державними органами України, органами місцевого самоврядування, юридичними особами всіх форм власності, а також з органами іноземних держав і міжнародних організацій [7]. Отже, Голова Суду виконує як суддівські, так і представницькі й комунікаційні функції у своєму суді.

Відповідно до п. 4 ст. 33 ЗУ «Про Конституційний Суд України» Голову Суду обирають на спеціальному пленарному засіданні Суду зі складу суддів Конституційного Суду лише на один трирічний строк таємним голосуванням шляхом подання бюлетенів із будь-яким числом кандидатур, запропонованих суддями Конституційного Суду. Порядок обрання Голови Суду детально визначено § 16 Регламенту КСУ. Вибори Голови Суду проводяться не пізніше ніж через місяць з дня, коли посада Голови Суду стала вакантною. Головуючий на спеціальному пленарному засіданні Суду вносить пропозицію щодо висування кандидатів на посаду Голови Суду. Спеціальне пленарне засідання Суду вважається повноважним, якщо на ньому присутні не менш як дванадцять суддів Конституційного Суду. На спеціальному пленарному засіданні Суду кандидати на посаду Голови Суду виступають із промовами. Суддям Конституційного Суду надається час для обговорення кандидатур на посаду Голови Суду. Список кандидатів на посаду Голови Суду затверджується на спеціальному пленарному засіданні Суду відкритим голосуванням більшістю суддів Конституційного Суду, які беруть участь у спеціальному пленарному засіданні Суду, про що складається протокол, який підписує головуєчий на цьому засіданні. Для обрання Голови Суду на спеціальному пленарному засіданні Суду створюється комісія у складі трьох суддів Конституційного Суду, які не балотуються на посаду Голови Суду. Кандидатури членів комісії пропонують судді Конституційного Суду, в тому числі шляхом самовисування. Суддя під час голосування залишає у бюлетені для таємного голосування прізвище одного кандидата на посаду Голови Суду, закресливши прізвища інших кандидатів. Після проведення таємного голосування комісія перевіряє дійсність бюлетенів, підра-

ховує голоси «за» і «проти» за кожного кандидата, складає протокол таємного голосування, який підписують голова і члени комісії. Протокол таємного голосування оголошує голова комісії на спеціальному пленарному засіданні Суду. Обраним на посаду Голови Суду вважається кандидат, за якого проголосувало не менше десяти суддів Конституційного Суду [8].

Згідно з п. 46 Висновку № 19 Консультативної ради європейських суддів «Про роль голів суддів» будь-яке відсторонення голови суду до закінчення терміну його чи її перебування на посаді має відбуватися в рамках чітко визначених процедур та гарантій, на підставі зрозумілих та об'єктивних критеріїв, так само, як і звільнення суддів загалом [9].

Проте, аналізуючи чинне законодавство України, що регламентує статус Голови КСУ, а саме Закон «Про Конституційний Суд України», слід зазначити, що можливості та детально регламентованої процедури усунення голови КСУ з посади не передбачено.

Відповідно до § 19 Регламенту Конституційного Суду України Рішення про дострокове звільнення з посади Голови Суду, заступника Голови Суду вважається ухваленим, якщо за це проголосувала більшість суддів Конституційного Суду від його конституційного складу. Таке рішення ухвалюється у формі постанови Суду. Звільнення судді з посади або припинення його повноважень, а також закінчення строку, на який суддю обрано Головою Суду або заступником Голови Суду, є припиненням його повноважень на відповідній адміністративній посаді. Але навіть за умови ухвалення рішення більшістю суддів має бути наявна особиста заява Голови Суду про звільнення з відповідної адміністративної посади. Саме тому навіть у разі висловлення недовіри Голові такий акт не породжує жодних юридичних наслідків.

Таким чином, аналізуючи § 19 Регламенту Конституційного Суду України «Дострокове звільнення з посади, припинення повноважень Голови Суду та заступника Голови Суду», слід констатувати прогалини в належній процедурі притягнення Голови КСУ, а саме єдиною можливістю усунути голову КСУ проти його волі є позбавлення його статусу судді.

Підстави звільнення судді Конституційного Суду України і припинення його повноважень визначені у ст. 149 Конституції України. Серед підстав для звільнення судді, пов'язаних з його відповідальністю, названо: 1) неспроможність виконувати свої повноваження за станом здоров'я; 2) порушення ним вимог щодо несумісності; 3) вчинення ним істотного дисциплінарного проступку, грубе чи систематичне нехтування своїми обов'язками, що є несумісним зі статусом судді Суду або виявило його невідповідність займаній посаді; 4) подання ним заяви про відставку або про звільнення з посади за власним бажанням [10].

З цього випливає, що усунути Голову Конституційного Суду України можливо виключно, якщо він, виконуючи свої обов'язки саме як суддя, *вчинив істотний дисциплінарний проступок, грубе чи систематичне нехтування своїми обов'язками*.

Питання про звільнення Судді з посади за такою підставою, відповідно до § 13 Регламенту Конституційного Суду України, Суд розглядає на спеціальному пленарному засіданні за наявності висновку його постійної комісії з питань регламенту й етики. Постійна комісія з питань регламенту та етики Суду має право направляти запити до державних органів, підприємств, установ та організацій, які можуть надати інформацію стосовно порушення суддею вимог, зазначених у Конституції України та ЗУ «Про Конституційний Суд України». Суддя, стосовно якого

порушено питання про звільнення з посади, надає постійній комісії з питань регламенту та етики Суду усні та письмові пояснення. За результатами розгляду звернення постійна комісія з питань регламенту та етики Суду у строк, визначений Судом, готує висновок, у якому зазначає про наявність чи відсутності підстав для звільнення судді з посади, та направляє його Голові Суду, а у разі його відсутності – заступнику Голови Суду або судді, який виконує обов'язки Голови Суду, для розгляду на спеціальному пленарному засіданні Суду. Голова постійної комісії з питань регламенту та етики Суду на спеціальному пленарному засіданні Суду оголошує висновок постійної комісії з питань регламенту та етики Суду. Суддя, стосовно якого розглядається питання про звільнення з посади, має право надати пояснення Суду щодо інформації, викладеної у цьому висновку. Якщо Суд визнає порушення суддею вимог, рішення про звільнення судді КС України з посади ухвалюватиметься щонайменше двома третинами від конституційного складу цього Суду. Слід наголосити, що згідно зі ст. 21 «Про Конституційний Суд України», Суд ухвалює рішення про звільнення судді Конституційного Суду з посади протягом одного місяця з дня надходження відповідної заяви.

Маємо констатувати, що ознаки дій, несумісних з високим званням судді КС України, не знайшли належного роз'яснення ані в Законі «Про Конституційний Суд України», ані в Регламенті КСУ. Це є однозначним порушенням принципу правової визначеності, на якому було наголошено у рішенні Європейського суду з прав людини у справі «Олександр Волков проти України» 2013 р. Це створює перешкоди щодо попередження можливих зловживань, а також встановлення факту дисциплінарного проступку суддею, а звідси проведення належної правової

процедури притягнення до відповідальності. Остання передбачає наявність підстави юридичної відповідальності, яка: а) є наперед визначеною у законі; б) є чіткою, однозначною та виключає її довільні тлумачення суб'єктом, який застосовує стягнення щодо суддів. В ідеалі законом мають бути передбачені такі склади дисциплінарних суддівських проступків, які виключають можливість зловживань під час їх визначення, а також створюють зрозумілі правила поведінки для судді. Окрім того, свавільне тлумачення підстави юридичної відповідальності судді може спричинювати суттєвий небажаний тиск на суддів під час відправлення ними правосуддя, що є прямим порушенням Конституції України.

Більше того, відповідно до п. 47 Висновку № 19 Консультативної ради європейських суддів «Про роль голів суддів» процедури у разі дострокового відсторонення голови суду від посади мають бути прозорими, а будь-який ризик політичного втручання має бути однозначно усунутий. Також процедури не мають відрізнятися від загальних процедур, що застосовуються до суддів.

Згідно з п. 48 Висновку № 19 Консультативної ради європейських суддів «Про роль голів суддів» зазначено, що звільнення голови суду з адміністративної посади чи то в результаті впливу строку мандату, чи у випадку дострокового звільнення не мають, як правило, впливати на здійснення ним чи нею повноважень судді [9].

Це суперечить міжнародним стандартам у сфері судочинства та основоположним правам, гарантованими Конвенцією, які розвинені у практиці Європейського суду з прав людини. Прецедентом може слугувати рішення у справі Денисов проти України (заява № 76639/11), в якому Європейський суд з прав людини одноголосно встановив, що звільнення судді як Голови Суду є несправедливим і є порушен-

ням статті 6 § 1 (право на справедливий судовий розгляд) Європейської конвенції з прав людини [11]. У справі пана Денисова Суд постановив, що у Вищому адміністративному суді, до якого пан Денисов подав скаргу, не було забезпечено досить доказів перегляду на національному рівні обставин справи, яка стосувалася дисциплінарної відповідальності, та реалізацію положення про те, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Європейський суд з прав людини вперше на міжнародному рівні вказав, що *Голова Суду не може бути покараний як суддя за дії або бездіяльність, які він вчинив, виконуючи свої адміністративні повноваження*. Насправді, якщо до судді, який обіймає адміністративну посаду в суді, застосовуються санкції, передбачені для судді, і він втрачає замість посади Голови Суду (яка є подекуди церемоніальною) статус судді, очевидне порушення не лише самої ідеї належної правової процедури, але і таких важливих правових принципів, як справедливість, пропорційність, розумність.

На жаль, чинне українське законодавство майже не передбачає належної диференціації різновидів відповідальності судді як судді й судді як управлінця. Всередині суддівського і наукового співтовариства також є серйозне неприйняття цієї ідеї. І законодавство про статус суддів Конституційного Суду України являє собою яскравий приклад такого дисбалансу [12].

На практиці ми можемо побачити, що відсутність дієвого механізму притягнення до відповідальності судді, який обіймає адміністративну посаду у КСУ, створює реальні перешкоди для реалізації основних функцій Конституційного Суду України та статусу судді КСУ.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Отже, проаналізувавши все вищезазначене, дійшли висновку, що, незважаючи на те, що лише самі конституційні судді вирішують питання власної дисциплінарної відповідальності, включно зі звільненням з посади, та самостійно затверджують Регламент, а отже, й визначають правила своєї діяльності, норми Регламенту мають бути логічно узгоджені між собою, чітко визначені та не мають суперечити міжнародним стандартам у сфері судочинства та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Нині ми можемо виявити багато прогалин у законодавстві, що регулює питання притягнення до відповідальності Голови Конституційного Суду України, серед них: відсутність належного роз'яснення певних підстав притягнення судді до відповідальності в Законі «Про Конституційний Суд України» та в Регламенті КСУ; відсутність дієвого механізму притягнення до відповідальності судді, який обіймає адміністративну посаду у КСУ; відсутність належної диференціації різновидів відповідальності судді як судді й судді як управлінця; порушення прав судді та міжнародних стандартів у сфері судочинства під час дисциплінарного провадження. Існування невизначеностей і колізій ускладнює конституційний про-

цес, призводить до можливості маніпулювання та недотримання норм законодавства і проведення належної правової процедури.

Таким чином, є нагальна потреба у внесенні змін у положення Регламенту КСУ та Закону України «Про Конституційний Суд України» щодо притягнення до відповідальності Голови Конституційного Суду України. Так, варто передбачити перелік дій, які є неприйнятними для Голови Суду, порушують порядок адміністративного управління судовою установою і мають бути кваліфіковані як підстава для усунення Голови Суду з адміністративної посади. Закон також має передбачати можливість звільнення Голови Суду з адміністративної посади за ініціативи суддівського колективу, за аналогією зі статтею 20 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», де регламентовано, що голова суду може бути достроково звільнений з посади за ініціативою не менш як однієї третини від загальної кількості суддів відповідного суду шляхом таємного голосування не менш як двома третинами суддів цього суду. Підставою для звільнення судді з адміністративної посади є його заява або триваюче незадовільне виконання обов'язків Голови Суду, заступника Голови Суду відповідно, систематичне або грубе одноразове порушення закону під час їх виконання [16].

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Рекомендації СМ/Рес (2010) 12 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо суддів: незалежність, ефективність та обов'язки : рекомендація Комітету Ради Європи від 17 листопада 2010 р. на 1098-му засіданні. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a38 (дата звернення: 15.10.2019).
2. Конвенція про Захист прав людини і основоположних свобод : підписана Урядами держав – членів Ради Європи від 4 листопада 1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 15.10.2019).
3. Европейская хартия о Законе «О статусе судей» : хартия, принятая Участниками многостороннего семинара по закону о статусе судей в Европе, организованного Советом Европы от 10 июля 1998 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_236 (дата звернення: 15.10.2019).
4. Монреальська універсальна декларація про незалежність правосуддя : декларація прийнята першою світовою конференцією по незалежності правосуддя від 1983 р.

URL: <https://vkksu.gov.ua/userfiles/doc/perelik-dokumentiv/monreal-universal-declar.doc> (дата звернення: 15.10.2019).

5. Case of Olujić v. Croatia : European Court of Human Rights, 5 February 2009 : Application No. 22330/05. URL: https://www.legislationline.org/download/id/7033/file/ECHR_Olujić_v_Croatia_2009_en.pdf (дата звернення: 15.10.2019).

6. Основні принципи незалежності судових органів: Резолюції 40/32 та 40/146 Генеральної Асамблеї від 29 листопада та 13 грудня 1985 року. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU85306.html (дата звернення: 15.10.2019).

7. Про Конституційний Суд України : Закон України від 5 серпня 2018 № 2136-VIII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19> (дата звернення: 12.10.2019).

8. Регламент Конституційного Суду України : Постанова Конституційного Суду України від 22 лютого 2018 року № 1-пс/2018. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/reglament_2.pdf (дата звернення: 14.10.2019).

9. Висновок № 19 «Про роль голів суддів»: висновок Консультативної ради європейських суддів від 10 листопада 2016 року. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/MU16055.html (дата звернення: 15.10.2019).

10. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

11. Справа «Денісов проти України» (Заява № 76639/11) : рішення Європейського суду з прав людини від 25 вересня 2018 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c96 (дата звернення: 14.10.2019)

12. Овчаренко О.М. Теоретико-прикладні проблеми інституту юридичної відповідальності : монографія. Харків : Юрайт. 2017. С. 297–334.

13. Справа «Олександр Волков проти України» (Заява № 21722/11): рішення Європейського суду з прав людини від 9 січня 2013 року URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947 (дата звернення: 14.10.2019).

14. Водяніков О. Конституційний Бегемот, або Конституційний Суд може все? *Lex Inform : вебсайт*. URL: https://lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/427141_konstitutsiyniy_begemot_abo.html (дата звернення: 06.10.2019).

15. Савчин М.В. Парадокси конституційної юстиції. *Юрліга: вебсайт*. URL: https://jurliga.ligazakon.net/experts/104/878_paradoksi-konstitutsyno-yustits (дата звернення: 06.06.2019).

16. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 05.08.2018 № 1402-VIII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#n119> (дата звернення: 16.10.2019).

The work is devoted to consideration of the reasons, essence and features of the procedure of bringing the Chairman of the Constitutional Court of Ukraine to disciplinary responsibility. The purpose of the study is to conduct a critical review of the reasons and procedure of bringing the Chairman of the Constitutional Court of Ukraine to disciplinary responsibility, as well as to identify the imperfections of legislation in this area. It is proved that the Chairman of the Constitutional Court of Ukraine is a special subject of responsibility and disciplinary proceedings can be initiated if the cases of rude and inappropriate unprofessional behavior, which damage the reputation of the whole judicial body, are proved. It is argued that disciplinary responsibility should not extend to the content of decisions or sentences, including the cases of divergences of legal interpretations between courts, as well as in cases of judicial error or criticism of the judicial system. The essence and importance of the administrative activity of the Chairman of the Constitutional Court of Ukraine are determined. The procedure of the election and appointment of a judge, who holds an administrative position in the Constitutional Court of Ukraine, is analyzed. The lack of

clarity and unambiguity in the normative regulation of the reasons and the procedure of bringing to disciplinary responsibility the Chairman of the Constitutional Court of Ukraine are stated. Gaps and collisions have been identified in the legislation that governs the question of bringing the Chairman of the Constitutional Court of Ukraine to responsibility. The case-law of the European Court of Human Rights and international standards in the field of justice are examined, as well as the general fundamental principles governing disciplinary proceedings against judges. It was noted, that the rights of a judge, who is a subject of guaranteed by the Convention disciplinary procedure, were developed in the case law of the European Court of Human Rights or contained in international documents. It is emphasized that the improvement of the mechanism, aimed at specifying procedural aspects of bringing the Chairman of the Constitutional Court of Ukraine to disciplinary responsibility, is urgent.

Key words: Constitutional Court of Ukraine, constitutional jurisdiction, judge, Chairman of the Court, disciplinary responsibility, due process of law, international standards in the field of justice.

.....

УДК 342.7; 349.2

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.09>

КЛАСИФІКАЦІЯ ФУНКЦІЙ ПРОФСПІЛОК ЯК СУБ'ЄКТІВ КОНСТИТУЦІЙНИХ ПРАВОВІДНОСИН: ОСНОВНІ ДОКТРИНАЛЬНІ ПІДХОДИ

CLASSIFICATION OF THE FUNCTION OF TRADE UNIONS AS SUBJECTS OF CONSTITUTIONAL RELATIONS: BASIC DOCTRINAL APPROACHES

Каплін С.М.,

*аспірант кафедри конституційного,
адміністративного та фінансового права
Академії праці, соціальних відносин і туризму*

Статтю присвячено комплексному аналізу основних доктринальних підходів до визначення системи функцій профспілок, розроблено їх системну класифікацію як суб'єктів конституційних правовідносин на підставі визначення відповідних критеріїв диференціації. Актуальність обраної теми статті обґрунтовується тим, що Україна на тепер перебуває лише на початковій стадії формування системи соціального партнерства, а тому якісно оновлене розуміння та розширення системи функцій профспілок є першочерговим завданням у процесі модернізації конституційного механізму публічної влади та забезпеченні соціальної стабільності в суспільстві. Автором пропонується базовим критерієм класифікації функцій профспілок визначати характер системної взаємодії і поділяти їх на 1) зовнішні та 2) внутрішні. При цьому внутрішні є напрямками впливу профспілок у взаєминах на підприємстві із роботодавцем (захисна, фінансово-економічна, організаційно-виробнича, контрольна), а зовнішні розглядаються в процесі взаємодії профспілок з інститутами публічної влади та громадянського суспільства (представницька, правозахисна, політико-правова, громадського контролю, медіативна (посередницька), міжнародного співробітництва та інші). Пропонується системну класифікацію функцій профспілок як суб'єктів конституційних правовідносин здійснювати на підставі визначення відповідних критеріїв диференціації, а саме: за сферами взаємодії з інститутами публічної влади та громадянського суспільства (представницька, правозахисна, політико-правова, громадського контролю та нагляду (демокурійна), медіативна (посередницька); міжнародного співробітництва; за сферами суспільних відносин (соціальна, політична, економічна, етично-виховна, ідеологічна (духовно-культурна), інформаційна, екологічна, інтеграційна та інші); за способами впливу на суспільні відносини (активні (явні), пасивні (латентні, приховані), агресивні); за способами охорони та захисту прав працівників (правозабезпечувальна, правореалізаційна, правовідновлювальна).

Ключові слова: профспілки, функції профспілок, конституційні правовідносини, соціальне партнерство, соціальний діалог, громадянське суспільство, конституційний механізм публічної влади.

Становлення та розвиток України як незалежної, соціальної, правової держави, орієнтованої на побудову дієвого громадянського суспільства, передбачає необхідність створення системи соціальних, політичних, юридичних та інших гарантій забезпечення та реалізації конституційних прав людини і громадянина. Підвищення ефективності функціонування професійних спілок як важливого суб'єкта конституційних правовідносин інституту може стати ключовим фактором розвитку конституційного механізму публічної влади, адже, здійснюючи через систему соціального партнерства вплив на органи публічної влади, вони зможуть сприяти захисту соціально-економічних прав людини та регулюванню соціально-трудових відносин.

Світові тенденції розвитку профспілок визначають їх як найважливіший соціально-політичний та конституційно-правовий інститут, який відіграє суттєву роль у становленні громадянського суспільства і бере на себе зобов'язання вирішення соціально-економічних проблем загальнодержавного характеру.

Основна мета цієї статті полягає у здійсненні комплексного аналізу основних доктринальних підходів до визначення системи функцій профспілок, вироблення їх системної класифікації як суб'єктів конституційних правовідносин на підставі визначення відповідних критеріїв диференціації.

Актуальність дослідження обґрунтовується тим, що Україна натеper перебуває лише на початковій стадії формування системи соціального партнерства, а тому якісно оновлене розуміння та розширення системи функцій профспілок є першочерговим завданням у процесі модернізації конституційного механізму публічної влади та забезпеченні соціальної стабільності в суспільстві. Оскільки саме профспілки є офіційними представниками найма-

них працівників, то вони не можуть відсторонюватись від участі та контролю за здійсненням сучасних трансформаційних перетворень у процесі реформування.

Насамперед дослідження системи функцій профспілок як суб'єктів конституційних правовідносин передбачає необхідність розмежування таких категорій, як «функції» та «функціонування». У довідковій літературі спостерігається неоднозначність розуміння терміна «функція». Зокрема, у філософському словнику «функція» (від. лат. *functio* і означає здійснення, виконання, звершення) визначається: як спосіб діяння речі або елементу системи, спрямоване на досягнення певного ефекту [1, с. 784]. Словники української мови поняття «функція» визначають як: «робота кого-, чого-небудь, коло діяльності когось, чогось» [2, с. 814] або як «явище, яке залежить від іншого явища, є формою його виявлення і змінюється відповідно до його змін» [3, с. 657; 4, с. 6537]. В іншому тлумачному словнику «функція» розуміється у двох значеннях: по-перше, як робота, яку здійснює орган чи організм; по-друге, як обов'язок, коло діяльності, призначення, роль [5, с. 650].

В юридичній літературі традиційно під функціями розуміються напрями діяльності чи впливу на певний об'єкт правових відносин [6, с. 94; 7, с. 181; 8, с. 28, 82]. На відміну від функцій, у теорії системного аналізу під функціонуванням будь-якої системи розуміється «...процес реалізації якостей, що забезпечують їй досягнення мети, а під функцією – спосіб чи засіб досягнення мети системи» [9, с. 35]. Зокрема, В. Протасов наголошує, що «функції є ідеальними формами, «взірцем» поведінки системи, необхідними їй для досягнення мети [10, с. 28]. Тобто категорії «функції» та «функціонування» можна співвідносити як «явище» та «процес».

Виходячи з викладеного, можна констатувати, що під функціями профспілок варто розуміти напрями їх впливу на суспільні відносини, а їх функціонування є процесом реалізації функцій, який зрештою має призвести до досягнення бажаного результату.

Під час визначення системи функцій профспілок як суб'єктів конституційних правовідносин слід виходити з того, що, по-перше, функції – це напрями впливу певного соціально значущого інституту (профспілок) чи обставини на певні правовідносини, по-друге, функції відображають сутність інституту, його призначення в механізмі правового регулювання та закономірності розвитку.

У процесі здійснення системного аналізу доктринальних підходів щодо класифікації функцій профспілок варто акцентувати увагу та тому, що в правовій науці ця проблема здебільшого була предметом вивчення представників науки трудового права, а також деяких науковців у сфері теорії держави і права та конституційного права, а саме дослідження зазначеної проблематики спостерігається в працях таких учених, як: Л. Глушненко, Ю. Грішина, Ю. Дмитренко, Д. Зеньков, М. Зима, І. Кисельова, Р. Кондратьєв, В. Короленко, Н. Костина, В. Кравчук, А. Крестянінов, К. Морфідіс, В. Нікіфоров, В. Песчанський, В. Прокопенко, А. Равнянський, С. Резепов, Г. Філаткіна, В. Цвих, Ф. Цесарський, Н. Циганчук, В. Чеха, В. Щербина, Ю. Щотова та ін.

Зокрема, радянський дослідник Г. Москаленко виділяв виробничо-економічну, захисну, культурно-виховну та організаційну функції профспілок [11, с. 45–59]. Проте насправді радянські профспілки не мали можливостей реально впливати на оплату та умови праці, але можуть бути прикладом в організації дозвілля, заходів з охорони здоров'я, забезпечення житлових умов тощо.

Натепер здебільшого серед функцій профспілок виділяють захисну та представницьку. При цьому захисна полягає виключно у відновленні порушених прав працівників та відстоюванні їхніх інтересів перед роботодавцем чи в судових інстанціях, а представницька реалізується в процесі проведення колективних переговорів.

Низка сучасних дослідників, серед яких – В. Кравчук [12, с. 202], В. Нікіфоров [13, с. 8–9], В. Прокопенко [14, с. 106], наголошують на тому, що професійні спілки створюються та діють з метою представництва, здійснення та захисту трудових, соціально-економічних та інших прав та інтересів своїх членів. Г. Філаткіна також вважає, що профспілки представляють інтереси працівників на всіх етапах правового регулювання праці, тобто беручи участь у нормотворчості, у разі застосування норм трудового права, у разі здійснення забезпечення їх дотримання і профілактики від трудових правопорушень, а також у разі захисту незаконно порушених трудових прав працівників та участі в залученні до відповідальності роботодавців, які порушують ці права [15, с. 154].

Підкреслює особливість профспілкової правозахисної функції В. Нікіфоров, аргументуючи соціальним походженням профспілок: «...працівники самі на добровільних засадах об'єдналися для захисту своїх прав, свобод і законних інтересів у сфері праці» [13, с. 8–9]. Подібної позиції дотримується і Н. Циганчук, яка вважає, що головною функцією профспілок є захисна функція, під якою слід розуміти діяльність профспілок, спрямовану на захист індивідуальних і колективних прав та інтересів найманих працівників у разі виникнення, зміни та припинення правовідносин, в які вони вступають [16, с. 11]. До неї приєднується й І. Кисельова, яка, аналізуючи конституційно-правовий статус

профспілок, також акцентує увагу на захисній функції профспілок та визначає її при цьому як «цілеспрямовану правову діяльність щодо захисту трудових прав і законних інтересів працівників, охорони їх від порушень, щодо відновлення порушених прав, встановлення більш високого рівня умов праці та побуту працівників» [17, с. 21].

Деякі дослідники, виділяючи захисну функцію профспілок як пріоритетну, розкривають її зміст через виділення в її структурі й інших функцій. Так, Р. Кондратьєв здебільшого виділяє захисну функцію профспілок, але в розширеному її розумінні, яка, на його думку, охоплює і право профспілок здійснювати нагляд та контроль за дотриманням законодавства [18, с. 186].

Подібний підхід використовує і А. Крестьянінов, вказуючи, що основна роль профспілки полягає у здійсненні захисту трудових і соціально-економічних прав та інтересів працівників, а вже в межах її розглядає й інші функції, зокрема соціального менеджменту, технологічну, представницьку, експертну, консультативну, мобілізаторську [19, с. 43].

Інша вітчизняна дослідниця Ю. Щотова також вважає, що основними напрямками функціонування профспілок є охорона та захист прав та інтересів найманих працівників. При цьому, на її думку, охорона є сукупністю заходів, що здійснюються профспілками для профілактики та попередження порушень трудових, соціально-економічних прав чи усунення перепон на шляху їх здійснення за умови, що такі перепони не є правопорушеннями. Захист є сукупністю заходів, що застосовуються профспілками у разі порушення, оскарження чи невизнання трудового, соціально-економічного права для його відновлення, визнання, підтвердження чи захисту іншим способом [20, с. 269].

На необхідності виділення поряд із захисною і представницької функції наголошує й Ф. Цесарський. При

цьому основною функцією профспілок він вважає захисну, а представницька функція є допоміжною у захисті прав найманих працівників, вона створює належні передумови для реалізації захисної функції. Визнання захисної функції профспілок головною, основною передбачає, що всі інші напрями їх діяльності мусять мати підпорядкований характер і не суперечити їй [21, с. 14].

Наголошує на необхідності виділення двох функцій профспілок також В. Чеха: представництва і захисту соціально-трудова прав та інтересів відповідних категорій працівників, які до того ж здійснюються профспілкою одночасно [22, с. 21]. На важливості та пріоритетності представницької функції профспілок наполягає В. Короленко [23, с. 152].

Доволі оригінальну класифікацію функцій профспілок пропонує Д. Зеньков, який вважає доцільним поділяти їх на два рівні, а саме: 1) функції першого рівня – захисна і представницька, які зумовлюють існування інших функцій профспілок; 2) функції другого рівня – організаційно-виробнича, контрольно-наглядова, соціально-економічна, культурно-виховна, консультативна та функція міжнародної співпраці, які є похідними від функцій першого рівня [24].

Є підходи до класифікації функцій профспілок, відповідно до яких дослідники взагалі не виділяють ні захисну, ні представницьку функції. А саме В. Цвях вважає, що нині за профспілками вже визначилися і закріпилися такі функції: соціально-економічна, політико-правова, освітньо-культурна і суспільно-громадська [25, с. 164–165]. Інша дослідниця М. Зима вважає, що типовими функціями профспілок є об'єднання (для створення організації); солідарність (для успіху справи); захист інтересів членів (мета організації), підвищення кваліфікаційного рівня членів профспілки [26].

Деякі вчені, зокрема Л. Глушненко, А. Равнянський, С. Резепов, пропонують диференціювати функції профспілок за ступенем значущості на: захисну; представницьку; об'єднувальну; просвітницьку [27, с. 112].

Вважає доцільним виокремлення трьох головних функцій профспілок В. Песчанський, а саме економічної, політичної і суспільної [28].

Інша дослідниця В. Щербина пропонує виділяти такі функції профспілок: представницьку; захисну; контрольну; виробничу; суспільно-політичну. При цьому вона наголошує, що захисна функція є головною [29].

Наполягає на виділенні низки основних та делегованих функцій профспілок Ю. Дмитренко, а саме до основних він відносить: захисну, виробничо-економічну, культурно-виховну, міжнародну, а до делегованих: нагляд за охороною праці й дотриманням трудового законодавства, участь у правотворчій і правозастосовній діяльності [30, с. 111].

Досліджуючи механізм взаємодії держави та профспілок у політичній системі суспільства, Н. Костіна наголошує на необхідності виділення таких функцій профспілок: захисної, представницької, культурно-виховної та політичної. Дослідниця поділяє думку більшості вчених і вважає, що оскільки профспілки виникли для захисту прав і інтересів працюючих, тому їх головна функція – захисна, друга їх найважливіша функція – представництва інтересів працівників. Окремо вона виділяє ще й культурно-виховну функцію з виховання своїх членів у дусі патріотизму та політичну щодо участі їх у виборах органів державної влади та органів місцевого самоврядування [31, с. 57–59].

У своїй доповіді на засіданні Парламентської Асамблеї Чорноморського Економічного Співробітництва К. Морфідіс зазначив, що виділяють три основні функції профспілок: 1) захисну (взаємини «профспілка – підприємці»),

2) представницьку (взаємини «профспілка – держава»), і 3) економічну (турбота про підвищення ефективності виробництва) [32].

Підсумовуючи викладені вище доктринальні підходи до класифікації функцій профспілок, висловлені представниками науки трудового права, теорії держави і права та конституційного права, можна зробити низку узагальнень. По-перше, слід звернути увагу на відсутність системності у разі здійснення класифікації функцій профспілок; по-друге, здебільшого дослідники виділяють або виключно захисну функцію, або представницьку та захисну функції, але трапляються більш розширені різноманітні класифікації; по-третє, у науковому дискурсі не спостерігається єдності розуміння як поняття функцій, так і виділення єдиних критеріїв у процесі здійснення класифікації; по-четверте, класифікації функцій профспілок як суб'єктів трудового права здебільшого не враховують необхідність визначення напрямів їх впливу на процес конструктивної взаємодії з органами публічної влади та інститутами громадянського суспільства.

Функції профспілок змінюються залежно від умов їх функціонування, на які впливає низка чинників, пов'язаних насамперед із розвитком суспільних відносин та науково-технічним прогресом у глобальному, загальносвітовому масштабі, тому варто це враховувати під час здійснення їх класифікації.

Проблема класифікації функцій профспілок має як теоретичне, так і практичне значення. У теоретичному аспекті класифікація функцій профспілок дає змогу забезпечити логічність та послідовність їх наукового дослідження. У праксеологічній площині класифікація функцій профспілок дасть змогу забезпечити науковий підхід до вибору форм і методів їх правового регулювання, що сприятиме

підвищенню ефективності їх функціонування в конституційному механізмі публічної влади та в процесі забезпечення та захисту прав людини.

Правильно складена класифікація, як зазначає Н. Колосов, відображаючи закономірності розвитку об'єктів, що класифікуються, розкриває глибинні зв'язки між досліджуваними об'єктами та допомагає досліднику зорієнтуватись у найскладніших ситуаціях, слугує основою для узагальнених висновків та прогнозів [33].

Насамперед базовим критерієм класифікації функцій профспілок пропонуємо визначити характер системної взаємодії і поділяти їх на: 1) зовнішні та 2) внутрішні. При цьому внутрішні є напрямками впливу профспілок у взаєминах на підприємстві із роботодавцем (захисна, фінансово-економічна, організаційно-виробнича, контрольна), а зовнішні розглядаються в процесі взаємодії профспілок з інститутами публічної влади та громадянського суспільства (представницька, правозахисна, політико-правова, громадського контролю, медіативна (посередницька), міжнародного співробітництва та інші).

У контексті дослідження профспілок як суб'єкта конституційних правовідносин важливе місце відводиться саме зовнішнім функціям, а внутрішні функції здебільшого є напрямками діяльності профспілок як суб'єктів трудових правовідносин. Варто враховувати і той факт, що навіть якщо зовнішні та внутрішні функції мають однакову назву, їх зміст буде різнитись, наприклад, якщо виділяти контрольну функцію, внутрішній вплив на систему

вона буде справляти в процесі реалізації повноважень щодо контролю за умовами праці, належними виробничими та санітарно-побутовими умовами праці, дотриманням умов колективних договорів, виплатою заробітної плати та ін. Зовнішній прояв контрольної функції буде реалізовуватись у процесі взаємодії профспілок з органами публічної влади в процесі налагодження соціального діалогу між працівниками, роботодавцями та органами публічної влади.

Також вважаємо, що для системного уявлення варто здійснювати їх класифікацію і за іншими критеріями: за сферами взаємодії з інститутами публічної влади та громадянського суспільства (представницька, правозахисна, політико-правова, громадського контролю та нагляду (демокурійна), медіативна (посередницька); міжнародного співробітництва; за сферами суспільних відносин (соціальна, політична, економічна, етично-виховна, ідеологічна (духовно-культурна), інформаційна, екологічна, інтеграційна та інші); за способами впливу на суспільні відносини (активні (явні), пасивні (латентні, приховані), агресивні); за способами охорони та захисту прав працівників (правозабезпечувальна, правореалізаційна, правовідновлювальна).

При цьому змістове навантаження кожної з виділених функцій варто співвідносити із зазначеною специфікою та можливістю їх взаємодії не тільки з роботодавцями, але й з органами публічної влади в процесі налагодження соціального діалогу.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Філософський словник / за ред. В.І. Шинкарука. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ : Гол. ред. УРЕ, 1986. 800 с.
2. Великий тлумачний словник української мови / уклад. і гол. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2001. 1440 с.
3. Новий тлумачний словник української мови : 42 000 слів : у 4 т. / уклад.: В.В. Яременко, О.М. Сліпушко. Київ : Аконті, 1998–1998. Т. 3 : П–Я. 1998. 926 с.

4. Словник української мови : в 11 т. / за ред. І.К. Білодіда та ін. Київ : Наукова думка, 1970–1980. Т. 10 : Т–Ф. 1979. 658 с.
5. Лопатин В.В., Лопатина Л.Е. Малый толковый словарь русского языка. Москва : Русский язык, 1990. 704 с.
6. Алексеев С.С. Проблемы теории права: основные вопросы общей теории социального права : курс лекций: в. 2 т. Т. 1. Свердловск : Свердл. юрид. ин-т, 1972. 396 с.
7. Черданцев А.Ф. Теория государства и права. Москва : НОРМА–ИНФРА М, 1999. 552 с.
8. Скаун О.Ф. Теория государства и права (энциклопедический курс). Харьков : Эспада, 2005. 840 с.
9. Афанасьев В.Г. Системность и общество. Москва : Политиздат, 1980. 368 с. С. 35.
10. Протасов В.Н. Правоотношение как система. Москва : Юридическая литература, 1991. 142 с.
11. Москаленко Г.К. О функциях советских профсоюзов. Роль советских профсоюзов в регулировании трудовых отношений рабочих и служащих. Москва : Профиздат, 1972. С. 45–59.
12. Кравчук В. Громадські організації в громадянському суспільстві: теоретичні питання. *Українське право*. 2003. № 1. С. 201–206.
13. Нікіфоров В.Ю. Захист профспілками соціально-трудових прав працівників в умовах ринкової економіки (теоретично-правовий аспект) : автореф. дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. 12.00.05 – «Трудове право; право соціального забезпечення», Харків, 2005. 17 с.
14. Прокопенко В. Правове становище професійних спілок: сьогодення і перспективи. *Право України*. 1999. № 6. С. 106–109.
15. Филаткина А.П. Проявление принципа гуманизма в сфере защиты трудовых прав работников в Российской Федерации. *Гуманистический фактор в современном праве* : материалы международной научно-практической конференции / отв. ред Т.А. Сошникова. Москва : Изд-во Моск. гуманит. ун-та, 2016. 332 с. С. 152–156.
16. Циганчук Н.А. Професійні спілки як суб'єкти трудового права : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.05 – «Трудове право; право соціального забезпечення». Харків, 2004. 20 с.
17. Киселёва И.В. Конституционно-правовой статус профсоюзной организации составной части гражданского общества : автореф. дисс. на соискание ученой степени кандидата юридических наук : 12.00.02 – «Конституционное право; муниципальное право». Санкт-Петербург. 2004, 28 с.
18. Кондратьев Р.И. Расширение защитной функции советских профсоюзов в условиях перестройки. *Актуальные проблемы формирования правового государства* : краткие тезисы докладов и научных сообщений республиканской научной конференции (24–26 октября 1990 г.) / отв. ред. проф. Н.И. Панов. Харьков : Юридический институт, 1990. 296 с.
19. Крестьянинов А.Н. Социальная напряженность: роль профсоюзов в ее регулировании. Москва : Русская новь, 2003. 288 с.
20. Щотова Ю.М. Професійні спілки як особливий суб'єкт трудового права України : монографія. Київ : Генеза, 2013. 360 с.
21. Цесарський Ф.А. Захисна функція профспілок, форми її реалізації : автореф. дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.05 – «Трудове право; право соціального забезпечення», Харків, 2004. 20 с.
22. Чеха В.В. Теоретические аспекты представительства в системе социального партнерства : автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук : 12.00.05 – «Трудовое право; право социального обеспечения». Томск, 2005. 27 с.
23. Короленко В.М. Правове регулювання здійснення представницької функції профспілок в Україні : монографія / За наук. ред. О.Д. Крупчана. Київ : НДІ приватного права і підприємництва ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України, 2014. 172 с.

24. Зеньков Д.О. Поняття функцій профспілок та їх значення на сучасному етапі ринкових відносин. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*. 2014. № 8. С. 189–192.

25. Цвих В.Ф. Профспілки і громадянське суспільство: особливості парадигми відносин : дисс. на здобуття наукового ступеня доктора політичних наук : 23.00.02 – «Політичні інститути та процеси». Київ, 2004. 456 с.

26. Зима М.П. Профспілки України: минуле і сучасність. Асоціація профспілок України. Київ : б.в., 1996. 43 с.

27. Глушненко Л.Т., Равнянский А.К., Резепов С.А. Изменение роли профсоюзов в России как необходимый фактор общественных преобразований. *Экономика: вчера, сегодня, завтра*. 2017. Том 7. № 11А. С. 108–115.

28. Песчанский В.В. Профсоюзы в гражданском обществе: опыт Запада. *Мировая экономика и международные отношения*. 1994. № 1. С. 100–113.

29. Щербина В.І. Правовий статус профспілок: історія і перспективи. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2012. № 25. С. 32–43.

30. Дмитренко Ю.П. Трудове право України : підручник. Київ : ЮрінкомІнтер, 2009. 624 с.

31. Костина Н.И. Государство и профсоюзы в политической системе российского общества : диссертация на соискание учёной степени кандидата юридических наук : 12.00.01 – «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве». Ставрополь, 2005. 174 с.

32. Морфидис К. Роль профессиональных союзов в укреплении экономического сотрудничества в регионе ЧЭС. Доклад рассмотрен на Пятьдесят втором заседании Комитета по правовым и политическим вопросам в Кавала (Греция) 17–18 октября 2018 г. и утвержден на Пятьдесят второй Генеральной Ассамблее в Ереване 27 ноября 2018 г. URL: <http://www.pabsec.org/depo/documents/reports-and-recommendations/ru-rep-audioq1hul.pdf>.

33. Колосов Н.В. Классификация гарантий местного самоуправления. *Сибирский юридический вестник*. 2002. № 2. С. 9–12.

The article is devoted to the comprehensive analysis of the fundamental doctrinal approaches to the definition of the system of functions of trade unions, and their system classification as subjects of constitutional relations was developed based on the identification of relevant criteria for differentiation. The urgency of the research is substantiated by the fact that Ukraine is at the initial stage of forming the system of social partnership, and therefore, a qualitatively updated understanding and expansion of the system of the functions of trade unions is a primary task in the process of modernizing the constitutional mechanism of public authority and ensuring social stability in society. The author proposes to determine the nature of system interaction as a basic criterion for the classification of the functions of trade unions and to divide them into 1) external and 2) internal. Moreover, the internal ones are directions of the influence of trade unions in the relations with an employer at the enterprise (protective, financial and economic, organizational and production, control), and external ones are considered in the process of interaction of trade unions with the institutes of public authority and civil society (representative, human rights, political and legal, public control, mediatory (intercessory), international cooperation and others). The paper sets to carry out system classification of the union trades as subjects of constitutional relations based on the determination of relevant criteria for differentiation, as follows: according to the spheres of interaction with the institutions of public authority and civil society (representative, human rights, political and legal, public control and supervision, mediatory (intercessory); international cooperation; in the fields of social relations (social, political, economic, ethical and educational ideological

(spiritual-cultural), informational, ecological, integrated and others); by the ways of influencing social relations (active (explicit), passive (latent, hidden), aggressive); by the ways of protection and defense of employee rights (enforcement of rights, enjoyment of the rights, restoration of rights).

Key words: trade unions, functions of trade unions, constitutional relations, social partnership, social dialogue, civil society, constitutional mechanism of public authority.

УДК 342.15:343.97(477)

DOI <https://doi.org/10.32782/2663-5399.2019.2.10>

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ КРИМІНОЛОГІЧНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРИКОРДОННОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

CONSTITUTIONAL GROUNDS OF CRIMINOLOGICAL ENHANCING OF THE BORDER SECURITY OF UKRAINE

Курилюк Ю.Б.,

кандидат юридичних наук,

начальник управління адміністративної юрисдикції

Департаменту охорони державного кордону

Адміністрації Держприкордонслужби України

У статті характеризуються конституційно-правові засади запобігання злочинам проти прикордонної безпеки України. Відзначено, що, розкриваючи кримінологічне забезпечення безпеки в аспекті конституційного права, варто враховувати, що предмет цієї галузі права передбачає включення до нього, зокрема, тих відносин, що є загальними чи базовими для тих галузей, в яких вони виникають. Суспільні відносини щодо забезпечення національної безпеки визначено складовим елементом предмета конституційного права, оскільки їх необхідно розглядати як основоположні відносини для інших соціальних зв'язків – тих, що складаються в межах організації діяльності із забезпечення всіх різновидів безпеки. При цьому констатовано, що стан захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави від реальних та потенційних зовнішніх і внутрішніх загроз у прикордонному просторі варто вважати ключовою ознакою прикордонної безпеки держави як комплексного виду національної безпеки. Основні засади державної політики щодо запобігання злочинам проти прикордонної безпеки України на ідеологічному (концептуальному) рівні сформовані у низці положень Конституції України. Вони являють собою базове підґрунтя, на якому формується законодавство та реалізуються завдання уповноважених суб'єктів щодо убезпечення суверенітету держави, територіальної цілісності та недоторканності її державного кордону від злочинних посягань, а також створення умов для реалізації життєво важливих інтересів особи, суспільства і держави у прикордонному просторі. Відзначено, що успіх діяльності зазначених суб'єктів у системі забезпечення прикордонної безпеки в Україні багато у чому визначається наявністю чіткої та ефективно діючої правової бази. Саме тому перспективами подальших досліджень мають стати проблеми правового регулювання такої запобіжної діяльності, а також визначення критеріїв її ефективності.

Ключові слова: конституційні засади, запобігання злочинності, прикордонна безпека, правове регулювання.

Постановка проблеми. Практика показує, що більшість загроз національним інтересам держави формуються і мають передумови до зародження саме в межах прикордонного

простору. Звідси вони поширюються через державний кордон, втягуючи в свою систему або пособництво місцеве населення. І це не дивно, оскільки, як зазначає французький кримінолог

Конституційно-правові засади організації та діяльності органів державної влади та місцевого самоврядування

Франсуа Тюаль, «організована злочинність у деяких регіонах є більш послідовним роботодавцем, ніж держава або легальні галузі» [1, с. 120].

Суспільну небезпеку злочинів, скоєних у прикордонному просторі, важко переоцінити і неможливо не пов'язувати з конституційно-правовими засадами щодо протидії ним, адже захист державної безпеки та державного кордону є частиною забезпечення суверенітету і територіальної цілісності України, її економічної та інформаційної безпеки. Виконання цього завдання ст. 17 Конституції України покладається на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави. За несприятливих обставин такі злочини можуть стати причиною насильницької зміни конституційного ладу, підриву суверенітету, порушення єдності і територіальної цілісності, дезорганізації функціонування органів державної влади, важливих державних, військових об'єктів, інформаційної інфраструктури тощо.

Стан дослідження. Злочинність та її окремі прояви у сучасному українському суспільстві досліджувались у працях таких учених, як: В.В. Голіна, Б.М. Головкін, С.Ф. Денисов, А.П. Закалюк, О.М. Костенко, О.М. Литвинов, В.І. Шакур та ін. Деяким аспектам запобігання злочинам проти прикордонної безпеки держави присвячені праці А.М. Бабенка, Н.А. Орловської, А.М. Притули, Є.Л. Стрельцова, С.О. Філіппова, І.М. Чекмарьової та деяких інших. Однак положення опублікованих наукових і навчальних праць з цієї проблематики мали локальний характер і не досліджували повний спектр правового регулювання запобігання злочинам проти прикордонної безпеки України.

Метою цієї статті є визначення конституційно-правових засад запобігання злочинам проти прикордонної безпеки України.

Виклад основного матеріалу. Правове регулювання запобігання злочинності, як відзначають кримінологи, являє собою встановлення в законах та інших нормативних актах цілей і завдань запобігання злочинності, кола суб'єктів, які здійснюють цю діяльність, їх компетенції, а також основні методи і форми запобіжного діяння [2, с. 91].

При цьому це може бути законодавство, яке хоча прямо й не націлене на запобігання злочинності, однак має своїм завданням правове врегулювання інших суспільних відносин – цивільних, сімейних, трудових, адміністративних тощо. Усі ці відносини, будучи нормативно неврегульованими, на слушну думку В.С. Батиргарєєвої, можуть мати криміногенний характер [3, с. 457].

Говорячи про кримінологічне забезпечення безпеки у конституційно-правовому аспекті, слід враховувати, що предмет цієї галузі права передбачає включення до нього, зокрема, тих відносин, що є загальними чи базовими для тих галузей, в яких вони виникають.

Саме тому, як відзначає О.Г. Кальман, протидія злочинності потребує надійного правового регулювання галузями права: конституційного, кримінального, цивільного, адміністративного тощо, а отже, правова основа протидії злочинності має складну структуру [4, с. 35].

Натепер стала вже загальноприйнятною позиція про те, що Конституція України є «ядром національної правової системи, є юридичною базою для розвитку всього українського законодавства, правозастосовної діяльності, правосвідомості і правової культури» [5, с. 4], «основою правової системи з усіх питань правового регулювання» [6, с. 336].

А.А. Єзеров наголошує, що конституційне право є фундаментальною і провідною галуззю правової системи,

конституційні правовідносини як базові та системоутворюючі становлять фундамент складної системи соціальних зв'язків, що підлягають правовому впливові [7, с. 59]. Отже, розв'язання проблем запобігання злочинам проти прикордонної безпеки держави вимагає комплексного підходу та використання зокрема і напрацювань конституційного права.

І справді, злочинність має складний суспільний зв'язок, а тому на шляху до її запобігання мають застосовуватися досягнення багатьох наук. Як зауважують О.М. Костенко і Ю.В. Нікітін, «у своєму комплексному взаємозв'язку кримінологія якби об'єднує надбання системи наук» [8, с. 15].

Кримінологія, відзначає О.М. Литвинов, відрізняється від усіх інших юридичних наук тим, що більшість досліджуваних нею проблем має комплексний характер [9, с. 15]. Так само зауважив і І.М. Даньшин, що «кримінологія, перебуваючи на стику двох суспільних наук – права і соціології, за своєю природою – наука комплексна; причому соціолого-емпіричний і психолого-прикладний матеріал описуються, аналізуються з позицій права» [10, с. 6].

Такий комплексний характер дає підстави говорити про багатоваріантність кримінології та її інститутів, оскільки її елементи взаємопроникні, а одні й ті ж її норми та інститути можуть бути віднесені до різних сфер правового регулювання. Проте слід зауважити, що кримінологія є власне тією галуззю знань, яка не здійснює сліпе й механічне рецепіювання дослідницьких методів, опрацьованих іншими науками, але творчо адаптує їх для власних потреб.

Відповідний комплексний характер має й кримінологічне забезпечення безпеки (включаючи всі її складники, у т. ч. прикордонну безпеку).

Законодавець, ухваливши Конституцію України, врегулював зміст діяльності щодо забезпечення безпеки,

загальні положення державної політики та координати діяльності щодо напрямів її забезпечення, основоположні засади міжнародного співробітництва у цій сфері, систему забезпечуючих суб'єктів.

Таким чином, суспільні відносини щодо забезпечення безпеки є складовим елементом предмета конституційного права, оскільки їх необхідно розглядати як основоположні відносини для інших соціальних зв'язків – тих, що складаються в межах організації діяльності щодо забезпечення всіх різновидів безпеки (державної, громадської, екологічної, економічної, інформаційної, пожежної, прикордонної тощо).

Національна безпека визнається повноцінним інститутом конституційного права і підлягає вивченню в рамках предмета конституційно-правової науки, оскільки правове регулювання національної безпеки та її складників здійснюється Конституцією України та іншими актами конституційного законодавства [11, с. 62].

Варто також відзначити, що наукою конституційного права поряд з іншими системоутворюючими напрямками національної безпеки розробляється також категорія «конституційна безпека» [11; 12; 13].

О.В. Лемак, зокрема, відзначає, що конституційна безпека є складовою частиною національної безпеки, оскільки передбачає передусім безпековий стан конституційного ладу країни та основного акта, який його закріплює, – Конституції, у т.ч. усунення зловживання ним. З іншого боку, національна безпека (і прикордонна безпека як її складник – Ю.К.) є невід'ємним інститутом конституційного права, оскільки до останнього входять й інші сфери формування та правового регулювання суспільних відносин у державі. Безперечно, що будь-які заходи забезпечення національної безпеки не можуть здійснюватися поза правовим полем держави, у спосіб та

органами, не передбаченими законодавством. Оскільки Конституція є основою законодавства, маємо всі підстави вважати забезпечення національної безпеки основною функцією Конституції, порядком із регулювання інших сфер суспільних відносин. І навіть більше, позаяк порушення функціонування будь-якої правової та інституційної складової частини державного механізму може стати загрозою національній безпеці країни, роль Конституції в забезпеченні національної безпеки неможливо переоцінити [14, с. 46]. При цьому стан захищеності життєво важливих інтересів особистості, суспільства і держави від реальних та потенційних зовнішніх і внутрішніх загроз у прикордонному просторі варто вважати ключовою ознакою прикордонної безпеки держави як комплексного виду національної безпеки.

Щодо такої функції, як запобігання злочинності, то у Конституції України міститься низка положень, аналіз яких дає змогу визначити ставлення Конституції до такої державної і загалом суспільної діяльності, конституційні основи її здійснення [6, с. 336].

Конституція України перш за все визначила юридичну основу (базис) гарантій законності: всі державні органи, їх посадові особи, об'єднання громадян та інші суб'єкти права мають діяти в межах Конституції та відповідно до законів України, а громадянам гарантується право щодо звернення до суду для захисту своїх конституційних прав і свобод (ст.ст. 6, 8, 125).

Відповідні аспекти щодо запобігання злочинам у прикордонному просторі через зміцнення суверенітету Української держави, забезпечення недоторканості її кордону, створення надійної системи захисту прикордонної безпеки знайшли своє відображення у положеннях ст. 17 Конституції України.

Конституцією України в узагальненому вигляді також визначено систему державних інституцій та їх повнова-

ження щодо управління певними сферами життєдіяльності. Окремі з них присвячені саме проблемі забезпечення протидії злочинності, у т.ч. і в досліджуваній сфері. Зокрема, п. 7 ст. 116 закріплена така з функцій Кабінету Міністрів України, як «здійснення заходів щодо забезпечення обороноздатності і національної безпеки України, громадського порядку, боротьби зі злочинністю».

Крім того, низка положень Основного Закону України, закріплюючи такі права людини, як право на свободу і особисту недоторканість (ст. 29) і на недоторканість житла (ст. 30), а також гарантії щодо таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31), свободи пересування (ст. 33), думки і слова, вільного вираження поглядів і переконань (ст. 34), а також право на мирні зібрання (ст. 39), одночасно передбачає у собі певні підстави щодо їх обмеження. Такі обмеження можуть встановлюватися відповідно до закону і лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку з метою запобігання злочинам чи їх припинення або під час безпосереднього переслідування осіб, які підозрюються у скоєнні злочину.

Повною мірою зазначені обмеження можуть виникати й під час реалізації вказаних прав у прикордонні. Це перш за все стосується права на вільне пересування у межах прикордонного простору чи недоторканості приміщень, розташованих як безпосередньо на державному кордоні, так і в межах контрольованих прикордонних районів і використовуються для безпосереднього здійснення злочинної діяльності (переховування нелегальних мігрантів, контрабанди тощо).

Висновки. Підсумовуючи вищеведене, варто відзначити, що основні засади державної політики щодо запобігання злочинам проти прикордонної безпеки України на ідеологічному

(концептуальному) рівні сформовані у низці положень Конституції України. Вони являють собою базове підґрунтя, на якому формується законодавство та реалізуються завдання уповноважених суб'єктів щодо забезпечення суверенітету держави, територіальної цілісності та недоторканності її державного кордону від злочинних посягань, а також створення умов для реалізації життєво важливих інтересів особи, суспільства і держави у прикордонному просторі.

Саме від якісного й ефективного виконання відповідними державними інституціями згаданих конституційних функцій і завдань «залежить подальша

розбудова правової державності в Україні, утвердження зрілого громадянського суспільства на засадах законності і демократії, що ґрунтуються на належній правовій поведінці всіх суб'єктів права» [15, с. 1].

Слід відзначити, що успіх діяльності зазначених суб'єктів у системі забезпечення прикордонної безпеки в Україні багато у чому визначається наявністю чіткої та ефективно діючої правової бази. Саме тому перспективами подальших досліджень мають стати проблеми правового регулювання такої запобіжної діяльності, а також визначення критеріїв її ефективності.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Гейро Ж.-Ф., Тюаль Ф. Геостратегия преступности / пер. с франц., литер. и юрид.-термин. ред. А.Е. Корыстина. Киев : ИД «Скиф», 2014. 292 с.
2. Голіна В.В. Запобігання злочинності (теорія і практика) : навчальний посібник. Харків : НЮАУ, 2011. 120 с.
3. Батиргареева В.С. Рецидивна злочинність в Україні: соціально-правові та кримінологічні проблеми : монографія. Харків : Право, 2009. 576 с.
4. Проблеми протидії злочинності : підручник. / за ред. О.Г. Кальмана. Харків : Нова-софт, 2010. 352 с.
5. Конституція України. Наук.-практ. комент. 2-ге вид., перероб. і доп. / редкол.: В.Я. Тацій (голова), О.В. Петришин (відп. секр.), Ю.Г. Барабаш та ін. Харків : Право, 2011. 1128 с.
6. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. Київ : ВД «Ін Юре», 2007. 424 с.
7. Конституційне право України: прагматичний курс : навчальний посібник. / за заг. ред. М.В. Афанасьєвої, А.А. Єзерова; тех. ред. Ю.Д. Батан. Одеса : Юрид. літ-ра, 2017. 256 с.
8. Кримінологія : підручник. / за заг. ред. Ю.В. Нікітіна, С.Ф. Денисова, Є.Л. Стрельцова. 2-ге вид. перероб. і доп. Харків : Право, 2018. 416 с.
9. Кримінологія. Академічний курс / за заг. ред. О.М. Литвинова. Київ : ВД «Кондор», 2018. 588 с.
10. Кримінологія: Загальна та Особлива частини : підручник. / за заг. ред. В.В. Голіни. 2-ге вид. перероб. і доп. Харків : Право, 2009. 288 с.
11. Єзеров А. Конституційна безпека як складник національної безпеки України. *Український часопис конституційного права*. 2017. № 2. С. 60–67.
12. Шуберт Т.Э. Конституционная безопасность: понятие и угрозы. *Право*. 1997. № 4. С. 17–19.
13. Проблеми сучасної конституціоналістики : навчальний посібник. / за заг. ред. А.Р. Крусян. Одеса : Фенікс, 2015. 526 с.
14. Лемак О.В. Конституційно-правові основи забезпечення національної безпеки в Угорщині : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.02. ДВНЗ «УжНУ». Ужгород, 2017. 221 с.
15. Ганьба О.Б. Правова поведінка суб'єктів охорони державного кордону України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.01. Київ, 2014. 20 с.

In the article the characteristic is given to the constitutional and legal grounds of preventing crimes against the border security of Ukraine. It is noted that, while revealing criminological enhancing of security in the aspect of the constitutional law, it is worth to consider that the subject of this field of law foresees the inclusion in it, in particular, of relations that are common or basic to those fields where they arise. Public relations on enhancing of the national security are determined as an integral element of the subject of the constitutional law, as they must be considered as fundamental relations for other social connections that are formed within the activity management to ensure all kinds of security. At the same time, it was stated that the protection of vital interests of an individual, society and the State from real and potential external and internal threats in the border area should be considered as a key sign of the state border security as a complex type of the national security. The main grounds of the state policy on crime prevention against the border security of Ukraine at the ideological (conceptual) level are covered by a set of provisions of the Constitution of Ukraine. They form the basic basis on which the legislation is formed and tasks of the authorized subjects are fulfilled regarding security of a State's sovereignty, territorial integrity and inviolability of its State border from criminal encroachments, as well as creation of conditions for the realization of vital interests of an individual, the public and the State in its border area. It is noted, that the success of activity of the mentioned subjects in the system of enhancing of the border security in Ukraine is largely determined by the existence of a clear and effective functioning legal framework. That is why in prospect problems of legal regulation of such preventive activity, as well as the determination of criteria for its effectiveness should be researched.

Key words: constitutional grounds, crime prevention, border security, legal regulation.

НОТАТКИ



Наукове видання

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АКАДЕМІЧНІ СТУДІЇ

Випуск 2

Коректура • *авторська*

Комп'ютерна верстка • *Катерина Бараненко*

Підписано до друку: 25.10.2019 р.

Формат 60x84/8. Гарнітура Times New Roman.

Папір офсет. Цифровий друк. Ум.-друк. арк. 10,46. Замов. № 1219/276. Наклад 100 прим.

Видавництво і друкарня – Видавничий дім «Гельветика»

73021, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а, офіс 105.

Телефон +38 (0552) 39-95-80

E-mail: mailbox@helvetica.com.ua

Свідоцтво суб'єкта видавничої справи

ДК № 6424 від 04.10.2018 р.