



Co-funded by the Erasmus+ Programme of the European Union

**CRIM
HUM**



УДОСКОНАЛЕННЯ МАГІСТЕРСЬКОЇ ПРОГРАМИ З КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ

**МІЖНАРОДНІ
СТАНДАРТИ
ПРАВ ЛЮДИНИ
У КРИМІНАЛЬНОМУ
ПРАВІ:**

компаративна перспектива



ПОСІБНИК

598471-EPP-1-2018-1-AT-EPPKA2-CBHE-JP

Modernising Master's Training on Criminal Justice
CRIMHUM

**HUMAN RIGHTS
FROM A COMPARATIVE
CRIMINAL LAW PERSPECTIVE**

Kharkiv
Publishing House «Pravo»
2022

Authors:

*Dmytro Lukianov, Oleksandr Marin, Iryna Sen, Viacheslav Tuliakov,
Olena Uvarova, Olena Kharytonova, Olena Shostak*

Edited by:

Olena Kharytonova, Gabriele Schmölzer

Удосконалення магістерської програми з кримінальної юстиції

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ПРАВ ЛЮДИНИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ: компаративна перспектива

Посібник

Електронне навчальне видання

За редакцією
кандидатки юридичних наук, доцентки *Олени ХАРИТОНОВОЇ*
(Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, Україна)
і докторки права, професорки *Габріеле ШМЕЛЬЦЕР*
(Університет Граца, Австрія)

**Харків
«Право»
2022**

УДК [343.4+341.231.14](07)

M58

Серія заснована у 2020 році

Автори:

*Дмитро Лук'янов, Олександр Марін, Ірина Сень, Вячеслав Туляков,
Олена Уварова, Олена Харитоновна, Олена Шостак*

Рецензенти:

Ірина Гребенюк, докторка права Університету Париж 1 Пантеон-Сорбонна, асоційована професорка приватного права і кримінальних наук, віцепредседка факультету права і політичних наук Університету Пікардії імені Жульє Верна, заступниця директора лабораторії CEPRISCA (Центру приватного права і кримінальних наук Ам'єна);

Михайло Шепітько, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, професор кафедри кримінального права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, секретар Української національної групи Міжнародної асоціації карного права

Міжнародні стандарти прав людини у кримінальному праві: компаративна перспектива = M58 Human rights from a comparative criminal law perspective: посібник: електрон. навч. вид. / [Дмитро Лук'янов, Олександр Марін, Ірина Сень, Вячеслав Туляков, Олена Уварова, Олена Харитоновна, Олена Шостак]; за ред. Олени Харитоновної, Габрієле Шмельцер. – Харків: Право, 2022. – 220 с. – (Удосконалення магістер. програми з кримін. юстиції = Modernising Master's Training on Criminal Justice. CRIMHUM). – Режим доступу: <https://library.nlu.edu.ua/images/files/MSPLKP.pdf>. ISBN 978-966-998-396-1

У посібнику розглядаються міжнародні стандарти прав людини у кримінальному праві в глобальному, регіональному та локальному контекстах із застосуванням компаративної перспективи; окрема увага приділена питанню прав людини в часи конфлікту в кримінально-правовому вимірі. Світоглядні підходи до палітри юрисдикційних повноважень із кримінально-правового захисту прав людини та принципів кримінального права, поєднані з практико-орієнтованими дидактичними матеріалами, покликані сприяти розвитку кримінальної юстиції, орієнтованої на права людини, і вдосконалювати фахову юридичну підготовку користувачів посібника.

Нормативна база і правозастосовна практика в посібнику аналізуються станом на 1 жовтня 2022 р.

Посібник призначений для магістрів, що навчаються за спеціальністю 081 «Право».

УДК [343.4+341.231.14](07)

Видання підготовлено в рамках проекту Програми Європейського Союзу ERASMUS+ «Модернізація магістерських програм для майбутніх суддів, прокурорів, слідчих з урахуванням європейських стандартів у сфері прав людини» (598471-EPP-1-2018-1-AT-EPPKA2-CBHI-JP), керівниця проекту – *Габрієле Шмельцер*

ISBN 978-966-998-396-1

© Лук'янов Д., Марін О., Сень І.,
Туляков В., Уварова О.,
Харитоновна О., Шостак О., 2022

ЗМІСТ

Умовні позначення	7
Про проєкт	8
Передмова	10
Розділ 1. Міжнародні стандарти прав людини у кримінально-правовому вимірі	14
1.1. Компаративний інструментарій дослідження прав людини (Д. Лук'янов).....	14
1.2. Механізми захисту прав людини у кримінальному праві в глобальному аспекті (О. Уварова).....	24
1.2.1. Формування концепції прав людини і роль кримінального права у цьому процесі	25
1.2.2. Роль міжнародних договорів прав людини в правовій системі України	32
1.2.3. Захисна роль стандартів у сфері прав людини у кримінальному праві	36
1.2.4. Міжнародне кримінальне право і права людини	40
1.3. Кримінально-правова охорона прав людини та архітектоніка її джерел в концептуальних національних дебатах (О. Марін).....	48
1.3.1. Щодо розуміння поняття «джерело кримінально-правової охорони»	50
1.3.2. Чи є КК єдиним джерелом кримінального права?.....	53
1.3.3. Засадничі принципи архітектоніки джерел кримінально-правової охорони.....	57
1.3.4. Види джерел кримінально-правової охорони: доктринальний спектр	59
1.3.5. Характеристика джерел кримінально-правової охорони....	65

Розділ 2. Юрисдикційні повноваження кримінально-правового захисту прав людини в Європі (В. Туляков).....	76
2.1. Чи існує концептуальна природа захисту прав людини інструментами кримінального права?	76
2.2. Втрачена державність	85
2.3. Війна суверенітетів. Справа TARICCO	87
2.4. У сутінках юрисдикцій. Диверсифікація	95
2.5. Універсальна юрисдикція та доцільність примусу	99
2.6. Національна юрисдикція та права людини.....	101
Розділ 3. Принципи кримінального права і права людини	107
3.1. Ultima ratio (О. Марін)	107
3.2. Принцип законності (В. Туляков)	117
3.2.1. Lex certa	121
3.2.2. Non-retroactivity та lex mitior	127
3.2.3. Nulla poena sine lege parlamentaria	130
3.3. Принцип субсидіарності. Право на життя та межі субсидіарності (В. Туляков, О. Шостак)	134
3.4. Принцип пропорційності та поводження з людиною (І. Сень)	146
Розділ 4. Права людини в зонах конфлікту: кримінально-правовий вимір (О. Харитоновна)	162
4.1. Екстериторіальна юрисдикція та концепт «ефективного контролю» держави в контексті захисту прав людини	162
4.2. Позитивні зобов'язання постраждалих держав та їх межі.....	180
4.3. Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом: виклики і протидія.....	194
Предметний покажчик.....	215
Про авторів.....	220

УМОВНІ ПОЗНАЧЕННЯ

АРК	–	Автономна Республіка Крим
ВООЗ	–	Всесвітня організація охорони здоров'я
ВРУ	–	Верховна Рада України
ВС	–	Верховний Суд
ЄКПЛ	–	Європейська конвенція з прав людини
ЄС	–	Європейський Союз
ЄСПЛ	–	Європейський суд з прав людини
ЄСС	–	Європейський суд справедливості
КК, ККУ	–	Кримінальний кодекс України
КСУ	–	Конституційний Суд України
МВФ	–	Міжнародний валютний фонд
МГП	–	міжнародне гуманітарне право
МКП	–	міжнародне кримінальне право
МКТЮ	–	Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії
МКТР	–	Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди
МОП	–	Міжнародна організація праці
МППЛ	–	міжнародне право прав людини
НАТО	–	Організація Північноатлантичного договору
ООН	–	Організація Об'єднаних Націй
ПАРЄ	–	Парламентська асамблея Ради Європи
ПМР	–	«Придністровська Молдавська Республіка»
РБ ООН	–	Рада безпеки Організації Об'єднаних Націй
ТРПК	–	«Турецька республіка північного Кіпру»
СНПК	–	Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом
УВКБ	–	Управління Верховного комісара ООН з питань біженців
УГСПЛ	–	Українська Гельсінська Спілка з прав людини
ФІФА	–	Міжнародна федерація футболу
ЮНЕСКО	–	ООН з питань освіти, науки і культури
ЮНІСЕФ	–	Дитячий фонд ООН
REPO	–	Робоча група Єврокомісії проти російських еліт
WPS Agenda	–	Women, Peace and Security Agenda (Порядок денний «Жінки, Мир, Безпека»)

ПРО ПРОЄКТ
598471-EPP-1-2018-1-AT-EPPKA2-SVNI-JP
«Модернізація магістерських програм для майбутніх суддів, прокурорів,
слідчих з урахуванням європейських стандартів у сфері прав людини»

Програма Європейського Союзу ERASMUS+ спрямована на підтримку діяльності у сфері освіти, перепідготовки, молоді та спорту. ERASMUS+ об'єднав існуючі раніше сім програм: програми безперервного навчання (Erasmus, Leonardo da Vinci, Comenius та Grundtvig), програму «Молодь у дії», 5 програм міжнародного співробітництва (Erasmus Mundus, Tempus, Alfa, Edulink, програма для співпраці з промислово розвинутими країнами). Раніше існуюча з 1990 р. TEMPUS (Транс-європейська програма мобільності для навчання в університетах) підтримувала модернізацію вищої освіти і створювала простір для співробітництва в країнах – партнерах Європейського Союзу протягом більше 25 років.

Програма ERASMUS+ створює для студентів, співробітників та волонтерів потенціал для мобільностей в інші країни з метою покращення своїх навичок та можливостей працевлаштування. Вона дозволяє організаціям працювати в транснаціональному партнерстві та ділитися інноваційними практиками в галузі освіти, професійної підготовки та підтримки молоді.

Спираючись на успіх програми в період 2014–2020 рр., ERASMUS+ у період 2021–2027 рр. активізує зусилля на розширенні можливостей більшого кола учасників, приділяючи особливу увагу якійсь взаємодії і сприяючи більш інклюзивним освіті та навчанню, які покликані формувати і розвивати компетенції, необхідні для динамічно змінюваних демократичних суспільств, згуртованих навколо цінностей міжкультурного взаєморозуміння та розвитку горизонтів можливостей для особистісного та соціально-освітнього і професійного розвитку.

Проекти зі створення потенціалу в галузі вищої освіти, яким є CRIMHUM, є транснаціональними проектами співробітництва, на основі багатосторонніх партнерських відносин, насамперед між закладами вищої освіти держав ЄС і держав-партнерів.

Мета таких проєктів полягає у наданні підтримки державам-партнерам у:

- модернізації, інтернаціоналізації та розширенні доступу до вищої освіти;
- вирішенні проблем, з якими стикаються їх вищі інститути та система освіти;
- активізації співпраці з Європейським Союзом;
- добровільній конвергенції з розвитком Європейського Союзу в галузі вищої освіти, а також заохочення контактів між людьми та міжкультурного порозуміння.

Конкретна мета ERASMUS+-проєкту 598471-EPP-1-2018-1-AT-EPPKA2-SVNI-JP (CRIMHUM) полягає в тому, щоб створити комплексну, засновану на правах людини підготовку фахівців у сфері кримінального правосуддя шляхом модернізації спеціалізованих магістерських програм судово-прокурорсько-слідчої спеціалізації.

У межах реалізації спільної мети проєкту здійснюються такі завдання:

- структурна та концептуальна модернізація навчального плану спеціалізованих магістерських програм судово-прокурорсько-слідчої спеціалізації (профілізації), поєднана з поглибленням навичок викладання і навчання на основі євро-

пейських науково-освітніх методик та розробкою і впровадженням новітніх навчально-методичних посібників;

- підвищення професійної та дидактичної кваліфікації викладачів держав-партнерів;
- зміцнення ресурсної бази модернізованих магістерських програм.

Сталий розвиток проекту в Україні забезпечується створенням на ґрунті CRIMHUM можливостей для вдосконалення існуючих та розробки нових магістерських програм за підтримки низки європейських університетів з Австрії, Германії, Литви, Франції і Хорватії в трьох українських університетах: Львівському національному університеті ім. Івана Франка, Національному юридичному університеті ім. Ярослава Мудрого, Національному університеті «Одеська юридична академія».

Координатори проекту

The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

Підтримка Європейською Комісією випуску даної публікації не означає підтримки змісту, який відображує точку зору лише авторів, і Комісія не може нести відповідальність за будь-яке використання інформації, що міститься у посібнику.

ПЕРЕДМОВА

Назва проєкту CRIMHUM народилася від поєднання «Criminal Justice» і «Human Rights». Визначальною рисою даного проєкту є впровадження у процес підготовки студентів-магістрів – майбутніх суддів, прокурорів, слідчих – методології «human rights education» – освіти, заснованої на правах людини. Завданням проєкту CRIMHUM є розробка спеціалізованих магістерських програм в сфері кримінальної юстиції, які мають своїм фокусом сконцентрованість не лише на трансфері знань та навичок від викладача до студента, а і, перш за все, на цінності прав людини.

Освіта, заснована на правах людини, передбачає дві суттєвих цілі: «навчання про права людини» та «навчання для прав людини»¹. Навчання про права людини охоплює пізнавальну діяльність щодо сучасного правового ландшафту в галузі прав людини, розуміння основних тенденцій його розвитку, знання механізмів та інструментів захисту прав людини, втілення міжнародних стандартів захисту прав людини на національному рівні праворегулювання. Навчання для прав людини передбачає розуміння принципів людської гідності, справедливості та рівності, відданість та повагу до прав людини для кожного. Дане навчання передбачає увагу не тільки до того, що головні актори у цій сфері знають, а і до того, у який спосіб вони діють, досягаючи мети. Освіта «про права людини» підсилює розуміння нормативного буття права, освіта «для прав людини» стверджує його ціннісне наповнення. Центрованість проєкту CRIMHUM на правах людини підкреслюється тим, що найбільш рельєфно ціннісний компонент прав людини в юридичній сфері проявляється у галузі кримінальної юстиції, адже саме тут існує найвища загроза охоронюваним цінностям людського і суспільного життя і формуються найбільші ризики втручання у реалізацію прав людини.

У такому контексті однією з найбільш впливових зон, що сприяє реформуванню кримінальної юстиції та руху її у бік прав людини, стає вища юридична освіта, яка формує світоглядні орієнтири майбутніх фахівців у сфері кримінальної юстиції. Метою вищої юридичної освіти у сфері кримінальної юстиції є формування професіоналів, здатних успішно реалізувати стратегії і тактики у сучасному кримінально-правовому просторі, який характеризується глобалізацією/фрагментацією, кризою ідентичностей, технологічністю, прискоренням, інноваційністю, новими безпековими ризиками та викликами.

Реалії буття підштовхують майбутнього юриста до необхідності серйозного знайомства з сучасним світовим кримінально-правовим ландшафтом, вимагають масштабного погляду на виклики сучасності, здатно-

¹ Understanding Human Rights. Manual of Human Rights Education / Edited by Wolfgang Benedek. NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien-Graz 2012. 550 p.

сті панорамно мислити, об'єднувати фрагменти знань в єдиний цілісний світогляд, потребують навичок прийняття рішень та створення прогнозів і розробки стратегій поведінки в умовах розмитих та складних персональних і національних меж.

Освітня парадигма проекту CRIMNUM вибудована навколо підготовки професіонала як особистості, що є суб'єктом реалізації власної стратегії професійного становлення та розвитку. Модернізація магістерських програм сприятиме таким напрямам самовизначення фахівця: Я – Людина; Я – Юрист; Я – Професійна індивідуальність; Я – Дослідник. Даний підхід означає, що тетраedr блоків компетентностей, які опановуватимуть учасники даних магістерських програм, сконструйований з чотирьох навчальних компонентів освітньо-кваліфікаційних програм магістерського рівня і, відповідно, містить:

- загальні компетентності («Я – Людина»)
- спеціальні (фахові) компетентності («Я – Юрист»)
- спеціалізовані компетентності («Я – Професійна індивідуальність», до прикладу, «Я – суддя, Я – прокурор, Я – слідчий»)
- дослідницькі компетентності магістерського рівня («Я – Дослідник»; «горизонтальна» професіоналізація, коли анатомія професійної кар'єри демонструє такий приріст «індивідуальної цінності» професіонала, що він стає об'єктом «війни за талант» серед працедавців).

Дане бачення блоків компетентностей узгоджується з проектом ТЮНІНГ – проектом з гармонізації освітніх структур у Європі, який покликається впроваджувати Болонський процес в університетах з метою розробки опорних точок на рівні предметних областей навчання, для того, щоб університетські програми були порівнянними, сумісними та прозорими². Проєкт CRIMNUM розглядає як загальні компетентності (інструментальні компетентності (когнітивні здатності, методологічні здатності, технологічні навички та вміння, лінгвістичні навички); міжособистісні компетентності (спроможність виражати власні почуття, здатність до критики та самокритики, навички суспільної взаємодії та співпраці); системні компетентності (здатність осягнути систему у цілому, планувати зміни та вдосконалення системи та розробку нових систем)), так і спеціальні (фахові) компетентності, що залежать від предметної області. Дані блоки

² Тюнінг. Гармонізація освітніх структур у Європі. Методичні рекомендації для розроблення профілів ступеневих програм, включаючи програмні компетентності та програмні результати навчання. URL: <https://erasmusplus.org.ua/korysna-informatsiia/korysni-materialy/category/3-materialy-natsionalnoi-komandy-ekspertiv-shchodozaprovadzhennia-instrumentiv-bolonskoho-protseesu.html?download=250:metodychni-rekomendatsii-dlia-rozroblennia-profiliv-stupeneykh-prohram-vkliuchaiuchy-prohramni-kompetentnosti-ta-prohramni-rezultaty-navchannia-tuning>

компетентностей взаємопов'язані і у метафоричному сенсі можуть бути описані як дерева, що ростуть і з роками стають все більш вкоріненими, мають міцніший ствол, більш широку крону та багатші плоди.

Освітній проект CRIMHUM, що має на меті формування фахівців у сфері кримінальної юстиції, відданих цінностям прав людини, покликаний модернізувати магістерські програми, і в рамках цієї мети даний посібник «Міжнародні стандарти прав людини у кримінальному праві: компаративна перспектива» сприяє розвитку у студентів таких предметних компетентностей:

- здатність думати відкрито із урахуванням альтернативних систем мислення та компаративної перспективи в області кримінально-юстиційного поля;
- знання мистецтва аналітичного мислення в світлі сучасних трендів розвитку кримінального права, пов'язаних з глобальними та локальними контекстами;
- уміння досліджувати та застосовувати концепти, знаходити смисли та інтерпретації крізь призму фундаментальних цінностей прав людини і міжнародних механізмів та інструментів їх захисту у сфері кримінального права;
- уміння використовувати такі елементи критичного мислення, як точки зору, цілі, проблемні зони, фактичні дані, інтерпретування, припущення, концепти та смисли, в сфері юридичної аргументації та розбудови і впровадження кримінальних політик;
- уміння піднімати важливі питання та проблеми кримінального права, формулюючи їх ясно і точно, збирати релевантну інформацію, знаходити добре обґрунтовані та ефективні рішення з метою захисту реальних, а не ілюзорних прав людини;
- уміння розвивати продуктивне мовно-стильове мислення через дослідження кримінально-правових проблем;
- знання інтелектуальних стандартів рефлексивного думання у сфері кримінального правосуддя;
- уміння реалізовувати мисленеві стратегії у практичній кримінально-правовій діяльності;
- навички самокерованого, самодисциплінованого, самоконтрольованого та самокорегуючого вирішення поставлених інтелектуальних завдань у сфері кримінальної юстиції;
- знання вимог до управління проектами з міжнародного співробітництва в секторі кримінальної юстиції;
- уміння реалізовувати сучасні стандарти комунікації у професійному середовищі в кримінально-юстиційному полі;

- навички індивідуальної та командної роботи в рамках юридичної практики у сфері кримінальної юстиції.

Запропонований авторами посібника навчальний алгоритм є унікальним в сенсі поєднання практик вивчення національних та міжнародних юрисдикцій. Перший розділ посібника «Міжнародні стандарти прав людини у кримінально-правовому вимірі» підкреслює значущість компаративного підходу у вивченні правових явищ та зосереджується на ролі концепції прав людини у розвитку кримінального права, формуванні стандартів у цій сфері та дослідженні зв'язку верховенства права і прав людини і трансформації національних дебатів щодо джерел кримінального права. Другий розділ «Юрисдикційні повноваження кримінально-правового захисту прав людини в Європі» сприяє розвитку критичного мислення щодо сучасних актуальних проблем юрисдикції у кримінальному праві, з якими стикаються актори на національному, супранаціональному та міжнародному рівнях праворегулювання. Третій розділ «Принципи кримінального права і права людини» аналізує базові питання, які представляють інтерес на сучасному етапі розвитку кримінального права з урахуванням таких принципів, як *ultima ratio*, законність, субсидіарність та пропорційність. Незважаючи на те, що конкретні предметні області застосування даних принципів у сфері кримінальної юстиції можуть відрізнятися, загальна об'єднавча роль принципів у сфері кримінально-правової теорії та практики залишається фундаментальною, відповідаючи на нові виклики. Четвертий розділ «Права людини в зонах конфлікту: кримінально-правовий вимір» з початком повномасштабної агресії Росії проти України 24 лютого 2020 р. набуває особливого значення, даючи можливість студентам працювати з конкретними методиками розбудови юридичної аргументації щодо екстериторіальної юрисдикції та ефективного контролю держави, позитивних зобов'язань постраждалих держав щодо забезпечення прав людини, а також гендерно-чутливих питань, що виникають в зонах конфлікту та стосуються уразливих категорій осіб.

Автори даного посібника продовжують вірити в силу права та переконані, що не дивлячись на усі виклики і розчарування останніх часів, права людини залишаються універсалістським натхненням, яке здатне народжувати нові правові відповіді перед обличчям складної реальності. Лише творча сила права здатна перетворювати соціальні розриви на джерела трансформацій та потужного суспільного розвитку.

Олена Харитонова,
кандидат юридичних наук,
доцентка кафедри кримінального права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

РОЗДІЛ 1

МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ПРАВ ЛЮДИНИ У КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОМУ ВИМІРІ

1.1. Компаративний інструментарій дослідження прав людини

Цілі навчання. Цей розділ надає інформацію щодо методології порівняльного правознавства (компаративістики), що є особливо важливим в умовах глобалізації та ускладнення правової мапи сучасного світу. Компаративістика допомагає як вдосконалювати правове регулювання в усіх сферах життя суспільства, так й ефективно захищати права та свободи особи в умовах, коли вона підпадає під одночасне регулювання декількох правових систем. Після вивчення розділу студенти вмітимуть методологічно правильно проводити різні види порівняльно-правових досліджень та орієнтуватися на правовій мапі сучасності.

1. Порівняльне правознавство та його роль у пізнанні. Порівняльне правознавство або компаративістика (від лат. *comparativus* – порівняльний) є одним з наймолодших напрямків юридичної науки, який остаточно сформувався лише у другій половині ХХ століття. Компаративістика виникла спочатку лише як порівняльно-правовий метод, який використовується багатьма юридичними науками. Завдяки застосуванню цього методу дослідження стало можливим виявити загальне, особливе й одиничне серед правових явищ у різних правових системах, аналізувати та запозичувати позитивний іноземний досвід.

2. Розвиток порівняльно-правових досліджень нерозривно пов'язаний зі становленням національних правових систем, визнанням їх автономного характеру, плюралістичної природи та різноманітності права, становлення та розвиток якого обумовлений багатьма соціальними факторами – культурними, національними, релігійними тощо.

3. Широке використання цього методу у різних галузях юриспруденції поступово привело до формування власного предмету дослідження порівняльного правознавства, до якого, у найбільш загальному вигляді, відноситься розробка теорії порівняльно-правового методу і дослідження на його підставі закономірностей виникнення, функціонування і розвитку різних правових систем.

Предмет порівняльно-правових досліджень. У більш розгорнутому вигляді предметом порівняльно-правових досліджень охоплюється:

- історія становлення порівняльного правознавства, його періодизація, розвиток порівняльного правознавства, як методу та науки;
- предмет та методологія порівняльно-правових досліджень, окремі методи та методика, види порівняльно-правових досліджень, структура, цілі та функції порівняльного правознавства;

- порівняльне дослідження правових систем з метою визначення спільного і особливого, тенденцій розвитку права у наднаціональних – глобальному та регіональному вимірах;
- підходи до типологізації та класифікації правових систем, типи та сім'ї правових систем, міждержавні правові системи, формування нових правових систем, види правових систем та їх особливості, правова карта світу, національні, субнаціональні та наднаціональні правові системи, міжнародні та релігійні правові системи;
- форми, методи та результати взаємодії правових систем, рецепція права, правова акультурація, конвергенція правових систем, правові системи в умовах глобалізації;
- адаптація національного права до права наддержавних об'єднань, гармонізація національного та міжнародного права, імплементація принципів та норм міжнародного права у національну правову систему;
- правові системи окремих держав світу, їх порівняльно-правова характеристика, спільні риси та відмінності;
- порівняльний аналіз джерел права, які застосовуються у різних правових системах;
- порівняльно-правові дослідження окремих галузей та інститутів права, запозичення зарубіжного досвіду;
- порівняльне дослідження правотворчої та правозастосовчої діяльності, факторів, які впливають на їх ефективність;
- порівняльний аналіз правосвідомості і правової культури різних народів, їх взаємовпливу, тенденцій розвитку;
- порівняльний аналіз правових доктрин та концепцій;
- порівняльне дослідження юридичної термінології.

4. Цей перелік не є вичерпним, а є лише орієнтиром, який підказує досліднику основні предметні сфери порівняння. Це означає, що виходячи з конкретного наукового завдання, можуть формуватися нові напрямки порівняльно-правових досліджень.

5. Останнім часом питання порівняльного вивчення досвіду різних правових систем у проголошенні, закріпленні та забезпеченні прав і свобод людини стають самостійним предметом порівняльно-правових досліджень.

6. Особливо важливим виглядає використання порівняльно-правової методології в умовах глобалізації. Якщо у др. пол. XX ст. глобалізація розглядалася як виключно економічний процес, то у XXI ст. стає очевидним, що вона охоплює все більше сторін життя людства. Одним із визначальних моментів у розвитку даної дискусії стала резолюція Генеральної Асамблеї

ООН 55/102 від 4 грудня 2000 р. «Глобалізація і її вплив на здійснення в повному обсязі всіх прав людини», в якій, зокрема, було сказано, що глобалізація є не тільки економічним процесом, вона також має соціальні, політичні, екологічні, культурні і правові аспекти³.

7. Для України актуальним є питання взаємодії її правової системи з іншими правовими системами в межах укладених універсальних та двохсторонніх договорів. Так, правові норми та інститути правової системи Ради Європи вже безпосередньо впливають на формування та застосування норм українського права. В межах близько шестидесяти двохсторонніх договорів про взаємну правову допомогу у цивільних та кримінальних справах ми співпрацюємо з правовими системами відповідних держав. Ця співпраця є особливо важливою, враховуючи наявність глобалізації та інтернаціоналізації злочинності, поширення її дії одночасно на велику кількість правових систем, намагання використати на власну користь їх відмінності у правому регулюванні.

8. У 2019 р. у Конституції України закріплено стратегічний курс на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі. Після набуття цього статусу на нашу правову систему будуть також поширюватися норми права ЄС та юрисдикція його органів. Відносини з ЄС зараз врегульовано спеціальним договором – Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом⁴, а від 23 червня 2022 р., коли лідери 27 країн-членів ЄС ухвалили рішення про надання Україні статусу кандидата на членство в ЄС, євроінтеграція України отримала новий імпульс.

2005 року датська газета Джуландс-Постен надрукувала декілька карикатур на пророка Мухаммеда, на деяких з них він був зображений з захованою в одязі бомбою та підпаленим шнуром. У 2007 році шведський художник Ларс Вілкес опублікував кілька карикатур, що зображали пророка Мухаммеда з тілом собаки. Багато європейських газет, зокрема французький сатиричний журнал Шарлі Ебдо, передрукували карикатури на своїх сторінках та надрукували нові, що призвело до ще більшої ескалації конфлікту з мусульманською громадою.

У 2006 р. кілька мусульманських організацій звинуватили редакцію журналу Шарлі Ебдо в розпалюванні міжнаціональної ворожнечі і подали на неї до суду. Позивачі стверджували, що тижневик образив почуття мусульман, завдавши публічну образу групи осіб з причини їх релігійної приналежності. Французьке законодавство (змістовно схоже зі статтею 161 Кримінального кодексу України) передбачає за це правопорушення до 6 місяців в'язниці і більше 22 тисяч євро штрафу. Судовий процес тривав близько року та закінчився винесенням виправдувального вироку.

³ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН «Глобалізація и ее воздействие на осуществление в полном объеме всех прав человека». Електронний ресурс. Режим доступу: <https://undocs.org/ru/A/RES/55/102> (дата звернення 24 травня 2021 р.)

⁴ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

7 січня 2015 р. двоє озброєних мусульман напали на редакцію Шарлі Ебдо, внаслідок чого загинуло 12 осіб, включаючи головного редактора, провідних журналістів і карикатуристів видання. В результаті штурму спеціального підрозділу жандармерії обох нападників було вбито.

Враховуючи вищенаведені обставини, розгляньте комплексно цю ситуацію. Під дію яких правових систем підпадає цей конфлікт? Чи є свобода вираження поглядів абсолютним правом, або вона може бути обмежена? Чи можуть тлумачитися дії карикатуристів та журналістів як розпалювання національної, расової або релігійної ворожнечі і ненависті? Порівняйте цінності ісламського та європейського права. Чи може суд обмежити право поширювати відповідні карикатури? Чи є законними дії двох нападників-мусульман та дії жандармерії?

9. Види порівняльних досліджень. Через велике розмаїття об'єктів порівняння у компаративістиці існують різні види досліджень, які правознавець може використовувати виходячи з наукової мети. Серед основних видів порівняльно-правових досліджень виокремлюють:

а) Діахронне та синхронне порівняння.

10. Право, як соціальне явище, постійно змінюється та набуває різного змісту та форм протягом часу навіть в межах однієї правової системи. Таким чином об'єктом порівняльно-правових досліджень можуть бути правова система та її окремі елементи, що існували у різні історичні часи. Таке дослідження називається *діахронним* (від грец. δια і χρόνος – крізь час). Наприклад, за допомогою такого способу в межах правової системи України можна дослідити такий вид покарання, як смертна кара, її нормативне закріплення в різні часи, практику застосування, зміну доктринального ставлення до неї.

11. Другим, більш поширеним у компаративістиці, є порівняльно-правові дослідження певних об'єктів, що існують в одному проміжку часу. Це так зване, *синхронне* порівняння (від грец. συν і χρόνος – однаковий час). Так, за допомогою такого способу є можливість дослідити застосування смертної кари у різних правових системах сучасності. Це дозволить, наприклад, зробити висновки про закономірності використання такого виду покарання в межах правових сімей – романо-германського, англо-американського або релігійного права.

б) Бінарне та мультипорівняння.

12. Найбільш простим, першим кроком у проведенні порівняльно-правового дослідження є порівняння двох правових систем або інших правових об'єктів. Таке дослідження позначається, як *бінарне* (від англ. binary – подвійний). Якщо ж порівнюються від трьох об'єктів та більше, таке порівняння є *мультипорівнянням* (від англ. multi – багато). Подібне порівняння є більш інформативним, але воно є більш складним та потребує більших ресурсів.

13. Наприклад, дослідник може провести бінарне порівняльно-правове дослідження закріплення прав людини у Конституції України та Конституції Республіки Польща та зробити певні висновки про спільні підходи та особливості кожної системи. Наступним кроком може стати мультипорівняння конституцій групи країн, наприклад держав Вишеградської групи або Європейського Союзу. Виокремлюючи певну групу для проведення порівняльно-правового дослідження необхідно завжди заздалегідь розуміти, що ця вибірка є якісно однорідна, правові системи мають певну ознаку завдяки наявності або відсутності якої вони потрапили до цієї групи. Такою ознакою може стати належність до однієї правової сім'ї або міжнародної організації, регіональна ознака або релігійна тощо. Обсяг об'єктів мультипорівняння обмежується науковою метою та ресурсами дослідника і може досягти кількості всіх правових систем світу.

в) Внутрішньосімейне і міжсімейне порівняння.

14. Внутрішньосімейне порівняння передбачає дослідження правових систем, які належать до однієї правової сім'ї. *Правова сім'я* – це певна сукупність правових систем, об'єднаних спільністю найбільш важливих рис, які вказують на суттєву схожість цих систем⁵. Необхідність класифікації правових систем обумовлюється тим, що класифікація допомагає встановити найбільш важливі, загальні для всіх правових систем якості, сприяє їх більш глибокому пізнанню, дозволяє зафіксувати закономірні зв'язки між правовими системами. Поділ правових систем на правові сім'ї це логічна операція типологізації – визначення основних та найбільш поширених типів правових систем, що існують на правовій карті світу. Цей особливий процес розподілу правових систем може відбуватися не на будь-яких критеріях, а лише на найбільш істотних та значущих. У компаративістиці виокремлюють чотири правові сім'ї – романо-германського, англо-американського, релігійного та традиційного права, які представляють чотири універсальні типи права, які охоплюють всю правову карту сучасного світу. Усі правові системи конкретних держав формувалися під впливом одного з цих типів права або їх комбінації⁶.

15. Наприклад, внутрішньосімейним порівняльно-правовим дослідженням буде зіставлення Кримінального кодексу України та Кримінального кодексу Республіки Білорусь, яке дозволяє зробити висновки про спільні та особливі підходи у криміналізації та декриміналізації певних суспільних відносин, застосування певних видів покарань, їх розмірів тощо. Внутрішньосімейне порівняння є більш простим та інформативним через

⁵ Порівняльне правознавство: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / С. П. Погребняк, Д. В. Лук'янов, І. О. Биля-Сабадаш та ін.; за заг. ред. О. В. Петришина. Х.: Право, 2011. С. 31.

⁶ Лук'янов Д. В. Релігійні правові системи у сучасному світі: монографія. Харків: Право, 2015. С. 139.

схожість термінології, правових конструкцій та доктрин. Його результати можуть бути в значній мірі використано для практичного вдосконалення власної правової системи.

16. Міжсімейним порівняльно-правовим дослідженням буде зіставлення правових об'єктів правових систем, що належать до різних правових сімей, наприклад, Кримінального кодексу України та кримінального законодавства США. Так порівняння є більш складним через несхожість правового регулювання, особливості джерел права, правових конструкцій та доктрин. Так, кримінальне законодавство США значною мірою не кодифіковане, існує на двох рівнях – федеральному та окремих штатів, значну роль у регулюванні відіграють судові прецеденти. У законодавстві використовується термінологія, яка відсутня у вітчизняному законодавстві, наприклад поділ злочинів на: фелонію (*felony*) – тяжкі злочини та місдімінор (*misdemeanor*) – менш тяжкі злочини. Використання результатів такого дослідження має більше значення для розвитку юридичної науки ніж для практичного запозичення.

г) Мікро-, мезо- та макропорівняння.

17. Залежно від об'єктів, порівняльно-правове дослідження може проводитися на різних рівнях:

Мікропорівняння – це найнижчий рівень на якому порівнюються найбільш прості (базові) елементи правової системи – окремі правові норми, їх елементи, юридичні приписи, конструкції, термінологія тощо. На цьому рівні порівнюються переважно певні техніко-юридичні елементи правової системи, що дає можливість систематизувати емпіричний правовий матеріал.

Мезопорівняння – наступний, середній рівень на якому порівнюються більш складні елементи правової системи, зокрема правові інститути та галузі права, правові доктрини, досвід систематизації законодавства тощо. На цьому рівні вже порівнюються змістовні елементи правової системи.

Макропорівняння – найвищий рівень на якому порівнюються в цілому правові системи або правові сім'ї. Це найбільш складний рівень порівняння тому що він має системно охоплювати цілі правові системи, мати найбільший рівень узагальнення та базуватися на попередніх, більш вузьких дослідженнях.

18. Порівняння правових систем у їхньому цілісному вигляді повинно враховувати процес їх формування і функціонування, основні принципи, джерела права, соціальну основу і тому є значно складнішим, ніж мікропорівняння та мезопорівняння.

19. Останній рівень досліджень найбільш активно використовується у загальній частині порівняльного правознавства, а перші два – у галузевій компаративістиці.

д) Внутрішнє та зовнішнє порівняння.

20. Сучасна компаративістика визнала, що правові системи можуть мати різну структуру та будову. Цей факт суттєво впливає на проведення порівняльно-правових досліджень. Існують монолітні правові системи, які не мають у своєму складі інших правових систем. Такою, зокрема, є національна правова система України. Водночас у світі існують правові системи, які мають складну структуру та місять у своєму складі інші правові системи (так звана – множинність правових систем), які позначаються як субнаціональні⁷. Ці правові підсистеми можуть мати різний рівень самостійності та автономності від національної правової системи. Зокрема американські дослідники відмічають, що у Сполучених Штатах Америки співіснують 51 правова система – 50 правових систем окремих штатів та єдина федеральна правова система⁸. Складну будову можуть мати не лише національні правові системи, а релігійні. Так, ісламське право поділяється на два напрямки – сунітське та шийтське, які мають суттєві відмінності⁹. Всі ці системи мають як спільну правову основу, так й особливості, які можуть мати принциповий характер.

21. Таким чином, *внутрішнє порівняння* – це порівняльно-правове дослідження, що проводиться в межах однієї правової системи, а об'єктами порівняння виступають окремі субсистеми.

22. Так, об'єктом внутрішнього порівняння може стати право громадянина США на зброю, закріплене у другій поправці до Конституції відповідно до якої право народу зберігати і носити зброю не повинно порушуватися, але фактично регламентується та реалізується на рівні правових систем суб'єктів федерації. В кожному штаті існують власні норми, які визначають яку зброю можна придбати, за якою процедурою, як необхідно її носити та перевозити, як застосовувати. Водночас ці норми не можуть суперечити федеральні правові системи, регулювання якої складається з федерального законодавства та прецедентів федеральних судів, перш за все Верховного Суду США.

Зовнішнє порівняння – це порівняльно-правове дослідження, що проводиться між різними правовими системами, які не є частинами іншої правової системи.

23. Так може бути порівняно регулювання та реалізація права на зброю у правовій системі США та Франції. Конституція Франції не закріплює такого права громадянина, як право за зброю. Це право було регламентовано

⁷ Лук'янов Д. В. Субнаціональні правові системи: підходи до визначення. Порівняльно-аналітичне право. 2015. № 3. С. 25–27.

⁸ Уильям Бернам. Правовая система США. М.: Новая юстиция, 2006. С. 45.

⁹ Лук'янов Д. В. Релігійні правові системи у сучасному світі: монографія. Харків: Право, 2015. С. 149.

законом 2012 р., який розділив зброю на чотири категорії в залежності від ступенів небезпеки. Було заборонено мати автоматичну та бойову зброю, інші види можна купувати за наявності попередньо отриманого дозволу.

е) Нормативне та функціональне порівняння.

Нормативне порівняння – це порівняльно-правове дослідження моделей нормативного регулювання окремих суспільних відносин. Об'єктом дослідження виступають відносно статичні елементи правової системи – правові норми, правові інститути, окремі законодавчі акти тощо. Іноді такий підхід позначається як формально-юридичний (догматичний) аналіз, доктринальні традиції якого були закладені ще на початку виникнення порівняльного правознавства.

24. Однак незадовільність суто нормативного підходу була відзначена відразу ж, щойно вчені почали займатися міжсхідними порівняльними дослідженнями. Дослідники дійшли таких істотних висновків: по-перше, зовні ідентичні юридичні терміни не завжди мають тотожне значення в різних правових системах (наприклад, терміном «крадіжка» у нас позначається таємне викрадення майна, а у сім'ї загального права – не тільки таємне, а й відкрите); по-друге, схожі правові норми й інститути можуть виконувати різні функції; по-третє, кожна правова сім'я може мати специфічні правові інститути і категорії, яких не знають інші правові сім'ї. Також існують розбіжності, що стосуються структури права, способів подачі правового матеріалу, тлумачення правової норми, особливостей правозастосування.

25. Недоліки нормативного порівняння змусили звернутися до інших напрямків порівняння. Функціональне порівняння було започатковане німецьким філософом права М. Соломоном та підтримане німецьким компаративістом Е. Рабелем¹⁰. Усебічне обґрунтування функціонального порівняння в сучасному порівняльному правознавстві значною мірою пов'язане з ім'ям К. Цвайгерта¹¹.

Функціональне порівняння – це дослідження правових засобів вирішення однакових соціальних і правових проблем різними правовими системами. Функціональне порівняння починається не з визнання певних правових норм та інститутів як відправного пункту порівняння, а з висунування певної соціальної проблеми, і вже потім відбувається пошук правової норми або інституту, за допомогою яких проблему може бути вирішено.

26. У функціональному порівнянні правові інститути і норми вважаються такими, що можуть порівнюватися, якщо вони вирішують схожу

¹⁰ Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Перевод с немецкого под научной редакцией д.ю.н., проф. Б. М. Гонгало. Екатеринбург: Российская школа частного права (Уральское отделение), 2000.

¹¹ Див.: Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М.: Международные отношения, 1995.

соціальну проблему не залежно від способів. Так, трапляються ситуації, коли сама соціальна проблема об'єктивно диктує єдине рішення, що закріплюється у правових системах різних країн (наприклад, презумпція батьківства стосовно дитини, яка народилася під час шлюбу). Іноді соціальна проблема може вирішуватися різними засобами (так, проблема боротьби з нелегальним продажем наркотичних засобів може вирішуватись як шляхом повної заборони споживання та розповсюдження наркотиків, так і шляхом дозволу на легальне споживання окремих видів наркотичних засобів).

27. Вирішення тієї самої соціальної проблеми може досягатися комбінацією різних правових засобів у різних правових системах. Наприклад, інститут трасту (довірчої власності) в англійському праві спрямований, зокрема, на захист інтересів недієздатної особи. Цей інститут не має еквівалента в романо-германському праві. Аналогічні функції тут виконує інститут прямого представництва недієздатної особи її законним представником.

28. Кожен з зазначених видів порівняння спрямований на досягнення різних цілей відповідно до мети дослідника та особливостей об'єкта порівняння. Сучасний етап розвитку порівняльного правознавства диктує необхідність застосування комбінації цих досліджень.

29. Стадії порівняльно-правових досліджень. Американський компаративіст К. Осакве запропонував сім послідовних стадій проведення порівняльно-правових досліджень:

- 1) виявлення існуючих правил або підходів в системах «А» і «Б»;
- 2) зіставлення встановлених правил з метою пізнання їх загальних і (або) відмітних властивостей;
- 3) визначення історичних передумов існування цього правила в кожній системі;
- 4) з'ясування життєздатності, ефективності даного правила в національному законодавстві;
- 5) встановлення необхідності (доцільності) внесення змін до існуючих правил або заповнення прогалін в законі системи «А» шляхом запозичення певних ідей з системи «Б»;
- 6) дослідження сумісності ідей, запозичених із системи «Б», з природою права з системи «А»;
- 7) адаптація запозиченого правила до національних умов правової системи «А»¹².

30. Проведення будь-яких видів порівняльно-правових досліджень вимагає додержання певних правил, які спрямовані на отримання коректних наукових результатів та попередження методологічних помилок.

¹² Осакве Кристофер. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М.: Дело, 2002. С. 21.

Вимоги до порівняльно-правових досліджень:

1. Правильний вибір об'єктів порівняльного аналізу і коректна постановка цілей, обумовлених його природою і потребами суб'єкта порівняльного правознавства.

2. Проведення правового порівняння на різних рівнях, з використанням методів системно-історичного, логічного аналізу, аналогії для з'ясування як внутрішніх зв'язків і залежностей в рамках порівнюваних правових систем, так і їх розвитку в контексті конкретної держави і суспільства.

3. Правильне визначення ознак порівнюваних правових явищ, норм, інститутів і т. п., встановлення суспільних та державних завдань, вирішення яких зумовило їх появу і розвиток.

4. Виявлення ступеня подібності та відмінностей юридичних понять і термінів, які використовуються в зіставляються правових системах, актах, тощо.

5. Розробка і застосування критеріїв оцінки подібності, відмінностей і непорівнянності правових явищ, інститутів і норм.

6. Визначення результатів порівняльно-правового аналізу та можливостей їх використання в нормотворчій діяльності в розвитку законодавства і його галузей, у правозастосовній практиці.

Питання для самоконтролю

1. Які явища можуть бути предметом порівняльно-правових досліджень?

2. В чому, на Ваш погляд, полягає правова глобалізація?

3. Охарактеризуйте особливості різних видів порівняльно-правових досліджень.

4. З яких стадій складається проведення порівняльно-правових досліджень?

5. Проаналізуйте вимоги до порівняльно-правових досліджень.

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Lukianov, D. V., Steshenko, V. M., & Ponomarova, H.P. (2021). Freedom of expression and Islam: Charlie Hebdo's lessons. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(1), 61–70.
2. *National Legal Systems and Globalization: New Role, Continuing Relevance* / Editors Pierre Larouche, Peter Cserne. Hague: TMC Asser Press, 2013. 400 p.
3. Батлер У. Е. Мудрість порівняльного правознавства: збірник статей / упор. і наук. ред. О. В. Кресін. Київ: Логос, 2019. 572 с.

4. Ван Хук М. Методология сравнительно-правовых исследований. Правоведение, 2013, № 3 (308). С. 121–147.
5. Загальна теорія права / [О. В. Петришин, Д. В. Лук'янов, С. І. Максимов, В. С. Смородиський та ін.] за ред. О. В. Петришина. Харків: Право, 2020. 568 с.
6. Исламское уголовное право и процесс: учебное пособие / под ред. И. Ю. Козлихина, Н. Г. Стойко. СПб : СПбГУ, 2018. 180 с.
7. Кресін О. В. Порівняльне правознавство у ХІХ–ХХ століттях: проблеми становлення: Монографія. К.: Логос, 2011. 294 с.
8. Лук'янов Д. В. Релігійні правові системи у сучасному світі: монографія. Харків: Право, 2015. 352 с.
9. Малиновский А. А. Сравнительное уголовное право. М.: Юрлитинформ, 2014. 592 с.
10. Осакве Кристофер. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М.: Дело, 2002. 464 с.

КЕЙСИ

1. Leroy v. France від 2 жовтня 2008 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88715>
2. Otto-Preminger-Institut v. Austria від 20 вересня 1994 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57897>
3. Wingrove v. The United Kingdom від 25 листопада 1996 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58080>

1.2. Механізми захисту прав людини у кримінальному праві в глобальному аспекті

1.2.1. Формування концепції прав людини і роль кримінального права у цьому процесі

1.2.2. Роль міжнародних договорів прав людини в правовій системі України

1.2.3. Захисна роль стандартів у сфері прав людини у кримінальному праві

1.2.4. Міжнародне кримінальне право і права людини

Цілі навчання. Цій розділ надає інформацію щодо історії формування універсальних стандартів захисту прав людини, а саме загальних етапів розвитку ідеї захисту прав людини та впливу питань кримінального покарання на формування універсальних стандартів захисту прав людини. У ньому також розкриваються стандарти захисту прав людини у кримінальному

праві, їх ідейні витоки і механізми реалізації, а також звертається увага на сучасні виклики в сфері захисту прав людини в кримінальному праві.

1.2.1. Формування концепції прав людини і роль кримінального права у цьому процесі

31. Взаємозв'язок прав людини і кримінального права. Очевидно, що між правами людини і кримінальним правом є тісний взаємозв'язок. Це проявляється, зокрема, у різноманітних інструментах, які забезпечують захист основних прав і свобод, як у внутрішньому, так і в європейському і міжнародному праві, де такий взаємозв'язок детально проілюстровано на трьох рівнях: класифікація злочинів, покарання за злочин і процедура притягнення до кримінальної відповідальності. Але очевидна природа цих відносин не повинна затінити їх складний і парадоксальний характер.

32. Парадокс, який впливає на ці відносини, полягає головним чином у тому, що «кримінальне право є одночасно і захистом, і загрозою для основних прав і свобод», або, іншими словами, не тільки «інструментом, який захищає», але й «інструментом, від якого захист є необхідним»¹³. Кримінальне покарання є одночасно і головним гарантом, і головною загрозою людській свободі: кримінальне покарання, яке використовується гуманно і послідовно, є потужною гарантією; покарання, яке є свавільним і непередбачуваним, є серйозною небезпекою.

33. Навряд хтось сьогодні не погодиться зі знаменитим висловом Ханни Арендт, що існує і завжди буде існувати невід'ємне «право мати права» як частина самого статусу людини. Права людини називають доксою нашого часу, що належить до тих переконань сучасного суспільства, які мовчазно презюмуються як самоочевидні істини й які визначають простір можливого. Той, хто висловлює сумніви в цінності прав людини, виходить за межі визнаних норм універсальної моралі¹⁴.

34. Розуміння значення прав людини постійно посилює свій вплив на наше повсякденне життя, вбудовується у найбільш рутинні прояви нашої взаємодії один із одним. Існування прав людини стало питанням, щодо якого досягнуто спільну згоду. Це частина нашого повсякденного дискурсу. Однак сучасна мова про права людини все ж таки підкреслює безліч визначень, прав та обов'язків, що досі не були центральними у повсякденному житті громадянина.

35. Тим не менш, уявлення про те, що на базовому рівні права людини означають основний набір прав, які стосуються всіх без винятку осіб,

¹³ *H. L. Packer. The Limits of the Criminal Sanction (Stanford: Stanford University Press, 1968), p. 366.*

¹⁴ *Clapham A. Human Rights. A Very Short Introduction / Andrew Clapham. Oxford University Press, 2007. 193 p. P. 53.*

оскільки всі вони є людьми і які лежать в основі наших соціальних, правових, моральних і політичних відносин, є основоположним для сучасного життя.

Чи погоджуєтесь Ви із тим, що ХХ ст. стало «Ерою прав людини»? Якщо так, то які аргументи на користь цього твердження Ви можете навести?

Яку роль у формуванні сучасного механізму міжнародного захисту прав людини відіграли події Другої Світової війни і Нюрнберзький процес після неї?

36. З історичної точки зору немає жодних сумнівів у тому, що первісно «основний ефект врахування свобод у кримінальній сфері зводився до обмеження кримінального покарання»¹⁵.

37. Основні риси розвитку концепції прав людини. Коли йдеться про історію прав людини, то завжди виникає питання щодо моменту початку її відліку. Можна знайти аргументи на користь того, що починати слід з римського права, в якому було задокументовано поняття *ius humanum*, хоча й не в сенсі природних прав для кожного, а скоріше як прав, створених людьми і, відповідно, підпорядкованих божественним правам¹⁶. Інші вказують на те, що починати слід з кальвінізму, зокрема, з ідеї про свободу совісті¹⁷.

Ознайомтесь із текстом Великої хартії вольностей 1215 р.

Знайдіть і назвіть положення, які відповідають сучасним стандартам у сфері прав людини. Окремо виділіть положення, які можуть розглядатися як основа формування стандартів захисту прав людини в кримінальному праві.



38. Велика хартія вольностей 1215 р. закріпила низку принципів, які відповідають широкому діапазону поняття прав людини сьогодні: рівність перед законом, право на власність і на елементи релігійної свободи (ці права поширювались тільки на аристократію). Відлік історії прав людини в західній традиції права часто розпочинається саме з цього документу. Хартія представляла собою договір між англійським королем Іоанном і баронами, які були незадоволені податками, що стягувалися монархом. Хартія складалася з 63 статей, що регулювали питання права власності, свободи та особистої недоторканності англійських баронів (інших осіб, які володіли землею) та охороняла їх від абсолютної королівської влади й обмежувала владу короля і чиновників над людиною. Так, ст. 39 Хартії проголошувала,

¹⁵ *Tulkens, Françoise. The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights. P. 577–594.*

¹⁶ *Veyne P. Humanitas : Romans and Non-Romans / Paul Veyne // in The Romans / Ed. by Andrea Giardina. Chicago, 1993. P. 342–369. P. 343.*

¹⁷ *Witte J. Jr. The Reformation of Rights: Law, Religion and Human Rights in Early Modern Calvinism / John Witte, Jr. Cambridge, 2007. 406 p. P. 14.*

що жодна вільна людина не буде заарештована чи ув'язнена, чи позбавлена володіння, чи якимось іншим шляхом знедолена без наявності на те законного вироку згідно із законами країни. Втім, слід погодитись із думкою, що на той момент йшлося не про права людини, а, скоріше, про політичні домовленості¹⁸.

39. Втім, найбільш часто відлік концепції прав людини починають з двох правових документів, які з'явилися в Англії у XVII ст., – Петиція про права (1628 р.) і Біль про права (1689 р.). Ці документи стосувалися тільки громадян Великобританії, але були так сформульовані, що «безсмертні права англійця» можна було з легкістю застосувати і до громадян інших країн.

40. Англійський Біль про права 1689 р. часто отримує характеристику важливої сходинки на шляху до сьогоднішніх текстів у сфері захисту прав людини. Парламент у ньому передбачив, серед іншого, що «не повинно бути вимоги надмірних застав, ані накладення надмірних штрафів або жорстоких і незвичайних покарань», «вибори членів Парламенту повинні бути вільні»; «свобода слова, дебатів і актів у Парламенті не повинна бути утискувана або оспорювана в будь-якому суді або місці, окрім Парламенту» тощо. Як і Велика хартія вольностей, Біль про права, насправді, був актом політичного врегулювання, який, на цей раз, було укладено між парламентом і королем (який утискав права протестантів).

41. У той же час, низка філософських робіт здійснила конкретний вплив на артикуляцію вимог у формі «природних прав» ('natural rights') або «прав людини» ('rights of man'). Так, зокрема, Другий трактат про правління Джона Локка, опублікований у 1690 році, розглядає людину у «стані природи», де вона користується «станом свободи», який не є, тим не менше, «станом свавілля». Локк вважав, що ніхто не може «забирати або погіршувати життя або те, що має тенденцію до збереження життя, свободи, здоров'я, частин тіла або майна іншого». Таким чином, «люди можуть бути обмежені від вторгнення до прав інших і від того, щоб вчиняти в спосіб, який є болісним для когось іншого». Локк розглядав уряд як засіб для людей, що діють як судді для самих себе з метою забезпечення втілення природного права. Він вважав, що цей суспільний договір, вільно укладений, уповноважує уряд забезпечувати дотримання законів так довго, як довго уряд зберігає довіру до нього.

42. «Суспільний договір» (*The Social Contract*) Ж.-Ж. Руссо розвинув ідею, що індивід може мати особисту волю (*volonteparticuliere*) і тоді його приватний інтерес (*nteretparticulier*) «може диктувати йому щось, що дуже відрізняється від загального інтересу». За Руссо, «людина втрачає за

¹⁸ Goodhart M. Human Rights: Politics and Practice / Michael Goodhart. Oxford University Press, 2016. 512 p. P. 38.

суспільним договором своєю природну свободу й необмежене право на все, що спокушає її й що вона може отримати; натомість вона отримує громадянську свободу й право власності на все, чим володіє». Опублікований у 1762 р. «Суспільний договір» був передвісником Французької революції 1789 р. й тих ідей, які у подальшому здійснили великий вплив в усьому світі у прагненні людей сформулювати права правителів і тих, ким вони управляють.

43. Уперше права людини дістали систематизований юридичний вираз у 1776 р. у Вірджинській декларації (Декларації прав американського штату Вірджинія), яку було покладено в основу прийнятої тоді ж Конституції США, а згодом, у 1791 році, – в основу десяти поправок-доповнень до цієї Конституції («Білля про права»).

44. Слід особливо наголосити на тому, що права людини було наділено ознаками *невід’ємності та невідчужуваності*. Це чітко проявилось у таких документах як Декларація незалежності США 1776 року та Декларація прав людини і громадянина 1789 року, адже в них йдеться не про певний перелік тих чи інших прав, які надаються урядом, а про джерело та основу зазначених прав. У Біллі про права, перші десять поправок якого були ратифіковані 15 грудня 1791 року, виклад прав людини також відсилає до ідеї невід’ємності цих прав, оскільки про них йдеться саме у тому сенсі, що вони є природними правилами організації демократичної спільноти, які базуються на природних властивостях та свободах окремих індивідів. Ще більш рельєфно зазначене звертання до певної «універсальної природи людини» проявилось у Декларації прав людини і громадянина. Згодом ідея невідчужуваності прав людини та імперативного обов’язку держави щодо їх забезпечення увійшла в конституційні акти багатьох держав.

45. Саме тому права людини, обов’язок їх забезпечення є вимогою, що висувається до держави, стоїть вище за неї, не залежить у своєму імперативному характері від волевиявлення держави. Держава не висловлює свою згоду на надання чи ненадання прав людини, на забезпечення чи незабезпечення їх захисту. Цей обов’язок покладено на державу в силу самої природи цих прав, в силу їх природного характеру і похідного, штучного, характеру держави.

Яке значення для кримінального права має основоположна ідея концепції прав людини: права людини, обов’язок їх забезпечення є вимогою, що висувається до держави, стоїть вище за неї, не залежить у своєму імперативному характері від волевиявлення держави?

Наведіть приклади, які, на Вашу думку, ілюструють прояви цієї ідеї в кримінальному праві.

46. У XIX ст. природні права, або «права людини» ('rights of man'), стали менш актуальними, й такі мислителі, як Ієремія Бентам, висміювали

ідею про те, що «Усі люди народжуються вільними» як «абсурд й прикру дурницю». Бентам сміливо відкинув ідею природних і невідчужуваних прав як «дурницю на палях», заявивши, що бажати чогось не є тим самим, як мати щось. У XIX і XX століттях боротьба зосередилася навколо тих прав, які забезпечують задоволення соціальних і економічних потреб людини – права на їжу, житло, охорону здоров'я, дозвілля. Оскільки історично ці права виникли пізніше громадянських і політичних прав (права першого покоління), їх називають другим поколінням прав. Головною рушійною силою розвитку прав людини в цьому напрямку став міжнародний робітничий рух.

47. Після закінчення війни у 1918 р. була заснована Ліга націй. Ця міжнародна організація повинна була займатися врегулюванням конфліктів і запобіганням війнам. Вона була попередницею ООН. Під егідою Ліги націй у 1919 р. було засновано Міжнародну організацію праці (МОП), яка повинна була вирішувати соціальні питання, пов'язані із захистом трудящих.

48. Період між двома світовими війнами в Європі був відзначений зростанням тоталітарних і націоналістичних тенденцій. Нацизм в Німеччині, фашизм в Італії і фалангізм в Іспанії створили умови для переслідування і дискримінації національних, етнічних і релігійних меншин. Фашисти прийшли до влади в Італії в 1922 р., нацисти в Німеччині – у 1933 р., фалангісти в Іспанії – в 1939 р. Ці ідеології були схожі в прагненні до сильної державної влади і у вимозі повного підпорядкування й лояльності людей до влади.

49. **Ключові міжнародні механізми та інструменти захисту прав людини.** З початком Другої світової війни почався *новий етап в історії прав людини*, безпосередньо пов'язаний із заснуванням ООН. Президент США Франклін Рузвельт намітив певні загальні для всього людства соціальні та політичні завдання в своїй знаменитій промові «*Чотири свободи*»: свобода слова і вираження думки, свобода кожного по-своєму поклонятися Богу, свобода від нужденності й свобода від страху. Підтримка Рузвельта зіграла важливу роль у створенні міжнародної організації, яка сприяла б виконанню цих завдань. Планування створення ООН почалося ще під час війни. 1 січня 1942 року 26 країн-союзників підписали заяву про заснування *всесвітньої організації, яка буде діяти на благо миру і співробітництва між країнами*. У заяві йшлося: «Повна перемога над ворогами необхідна для захисту життя, свободи, незалежності і свободи релігії і для збереження прав людини і справедливості в їх власних країнах, а так само і в інших країнах...». Восени 1944 року представники великих держав зібралися в Думбартон-Окс, США, щоб виробити основні положення статуту нової організації, офіційно заснованої в червні 1945 року в Сан-Франциско. Почався новий етап в розвитку концепції прав людини.

50. Ідея захисту прав людини від зловживань урядової влади стала набувати широкої підтримки у другій половині ХХ ст. Саме події Другої світової війни дійсно вивели права людини на міжнародний рівень. Жахливі звірства, скоєні під час цієї війни, у тому числі голокост і масові воєнні злочини, спричинили виникнення ще одного органу міжнародного права, і насамперед, формування концепції прав людини такою, якою вона нам відома сьогодні. *Статут Організації Об'єднаних Націй*, підписаний 26 червня 1945 р.¹⁹, відобразив це положення. Статут заявляє, що основним завданням ООН є «позбавити прийдешні покоління від лиха війни» і «знов утвердити віру в основні права людини, гідність і цінність людської особистості, рівноправність чоловіків і жінок». Статут ООН став першим багатостороннім міжнародним договором, який заклав основи сприяння й утвердження поваги до прав людини і основоположних свобод для всіх незалежно від раси, статі, мови чи релігії (п. 3 ст. 1 Статуту).

51. *Загальна декларація прав людини* була розроблена Комісією з прав людини ООН і прийнята Генеральною Асамблеєю 10 грудня 1948 року²⁰. Декларація прав людини, без сумніву, мала новаторський характер і продовжує виконувати роль найважливішого глобального інструменту з прав людини. Не будучи юридично обов'язковою, Декларація слугувала поштовхом та змістовною основою для створення потужних механізмів захисту прав людини на національному, регіональному та міжнародному рівнях. Як справедливо вказують дослідники, особлива гуманістична роль цього документа вирізняється на фоні Другої світової війни, яка залишилась у пам'яті народів як найбільше і найнебезпечніше для існування людства цілковите порушення прав людини. На жаль, лише після таких потрясінь міжнародна спільнота звертається до прав людини, намагаючись тим самим захистити себе і реабілітувати за допущені раніше помилки, зневагу до прав людини, потурання окремим утворенням державного типу.

52. Концепція прав людини, втілена в Загальній декларації прав людини, виходить із того, що визнання гідності, яка властива усім членам людської сім'ї, та рівних і невід'ємних прав людини є основою свободи, справедливості та загального миру. Це стало основою для розуміння прав людини як основних можливостей, необхідних для існування і розвитку особи, які визнаються універсальними, невід'ємними та рівними для кожного й мають гарантуватись державою в обсязі міжнародних стандартів.

53. Загальна декларація прав людини становить основу Міжнародного Білля ООН про права людини, до якого також входять Міжнародний пакт

¹⁹ Статут Організації Об'єднаних Націй, підписаний 26 червня 1945 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_010.

²⁰ Загальна декларація прав людини. – Офіційний вісник України. – 2008. – № 93. – Стор. 89. – Ст. 3103.

ООН про громадянські та політичні права (1966 р).²¹, два Факультативні протоколи до нього²² і Міжнародний пакт ООН про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.)²³.

54. Розглядувані в Декларації і двох пактах права отримали подальший розвиток в інших договорах, таких як Міжнародна конвенція про ліквідацію усіх форм расової дискримінації (1966 р.)²⁴, Конвенція про ліквідацію усіх форм дискримінації до жінок (1979 р.)²⁵, Конвенція проти катувань (1984 р.)²⁶, Міжнародна конвенція із захисту прав всіх трудящихся-мігрантів і членів їх сімей (1990 р.)²⁷, Конвенція про права людей з інвалідністю (2006 р.)²⁸ та ін.

55. Також слід зазначити, що в рамках системи ООН для забезпечення прав людини діє велика кількість різноманітних механізмів і процедур, до яких, зокрема, відносяться такі: робочі групи і комітети; конференції, плани і програми; десятиліття дій; добровільні й цільові фонди; проведення розслідувань; і багато процедур, вироблених з метою захисту прав людини. Крім того, діяльність з формування культури прав людини також знаходить підтримку з боку спеціалізованих установ, програм і фондів ООНаций, таких як: ООН з питань освіти, науки і культури (ЮНЕСКО), Дитячий фонд ООН (ЮНІСЕФ), Управління Верховного комісара ООН з питань біженців (УВКБ) та багато інших.

56. Етапи розвитку концепції прав людини та її сучасний стан. В цілому вивчення розвитку правового регулювання системи захисту прав людини у другій половині ХХ ст. дозволяє зробити певні узагальнення й виділити етапи її становлення. *Перший етап* почався зі складання проекту Загальної

²¹ Міжнародний пакт ООН про громадянські та політичні права 1966 р. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043.

²² Факультативний протокол до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_086. Другий Факультативний протокол до Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, що стосується скасування смертної кари. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_187

²³ Міжнародний пакт ООН про економічні, соціальні і культурні права (1966 р.). Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_042.

²⁴ Міжнародна конвенція про ліквідацію усіх форм расової дискримінації 1966 р. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_105.

²⁵ Конвенція про ліквідацію усіх форм дискримінації до жінок 1979 р. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_207.

²⁶ Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поведження і покарання 1984 р. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_085.

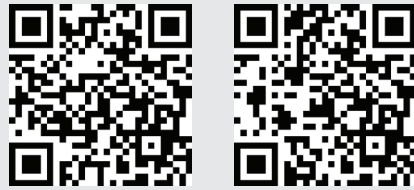
²⁷ Міжнародна конвенція із захисту прав всіх трудящихся-мігрантів і членів їх сімей 1990 р. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_203.

²⁸ Конвенція про права людей з інвалідністю 2006 р. Електронний ресурс. Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_g71.

декларації прав людини і двох пактів 1966 р. Більшу частину роботи було зроблено в кінці 1940-х – на початку 1950-х років, але прийняття пактів відбулося лише у 1966 р. З цього моменту можна почати відлік *другого етапу* – етап активного поширення інформації про нову систему захисту прав людини. Знадобилося 10 років для того, щоб у 1976 році пакти були ратифіковані необхідною для набрання ними чинності 35 державами. На *третьому етапі* було створено велику кількість неурядових правозахисних організацій. Найбільш відома серед них – «Міжнародна Амністія». Неурядові організації відіграють все більшу роль у цій сфері, здійснюючи тиск на уряди й примушуючи їх виконувати свої зобов'язання в сфері прав людини.

Ознайомтесь із текстом Загальної декларації прав людини та Міжнародного пакту про громадянські і політичні права:

Виділіть положення, які мають, на Вашу думку, особливе значення для сфери кримінального права. Поясніть свою точку зору.



57. Ратифікувавши ту чи іншу конвенцію, держава зобов'язується регулярно представляти доповіді про заходи, які приймаються для виконання положень конвенції. Ці доповіді передаються на розгляд спеціальних комітетів, які складаються з незалежних експертів. У 1965 р. першим було створено Комітет з ліквідації расової дискримінації. З того часу було створено також Комітет з прав людини; Комітет з ліквідації дискримінації щодо жінок; Комітет з економічних, соціальних і культурних прав; Комітет з прав дитини; Комітет проти тортур та ін.²⁹

58. Договірне право залишається найбільш очевидним і безпосереднім джерелом створення прав і обов'язків для держав.

1.2.2. Роль міжнародних договорів прав людини в правовій системі України

59. **Характер впливу міжнародних договорів з прав людини на національну правову систему.** Україна визнає *пріоритет міжнародних договорів*, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, перед актами внутрішнього законодавства. Статус міжнародних договорів визначений у ст. 19 Закону України «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р. № 1906-IV:

«1. Чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства.

²⁹ Азбука преподавания прав человека. Практическая деятельность в начальной и средней школе. Электронный ресурс. Режим доступа: <http://www.un.org/ru/rights/abc/>.

2. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору».

60. Базові рішення Комітету ООН з прав людини в сфері кримінальної юстиції. Вплив і взаємодія договорів про права людини в межах внутрішніх процесів кримінального правосуддя є очевидними завдяки судовій практиці, створюваній органами, які контролюють стан виконання цих договорів. Як було зазначено вище, договори про права людини, як глобальні, так і регіональні, мають свої форми здійснення. Так, система звітування є обов'язковою вимогою для основних міжнародних договорів з прав людини і спрямована на моніторинг дотримання стандартів прав людини, у тому числі у кримінальному праві, на національному рівні³⁰.

61. Крім того, окремі договірні системи розробили механізми здійснення і забезпечення дотримання шляхом створення судів або комітетів, які можуть розглядати індивідуальні та/або колективні скарги, які часто ставлять питання у площині кримінального права та його ефективності у межах національної правової системи також.

62. Ознайомитися із практикою Комітетів ООН, уповноважених на розгляд індивідуальних скарг, зокрема з практикою Комітету ООН з прав людини, можна на веб-порталі: <https://juris.ohchr.org/>.

63. Зокрема, *Комітет ООН з прав людини виробив низку правових позицій у сфері здійснення кримінального правосуддя*, у тому числі з питань застосування тортур і вбивств з боку органів охорони правопорядку, тримання під вартою без зв'язку з зовнішнім світом, питань доступу до адвоката, привілеїв проти самозвинувачення, презумпції невинуватості, допустимості доказів, присутності обвинуваченого на суді тощо. Комітет займає дуже сувору позицію щодо оцінки дій держави з затримання обвинувачених і застосування сили органами охорони правопорядку.

Однією зі знакових справ вважається справа «Герреро проти Колумбії» (Case Guerrero vs. Colombia):

Вона стосувалася випадку, коли колумбійська поліція здійснила рейд на будинок, в якому, як вони вважали, знаходиться викрадена людина. Викраденого в будинку не знайшли. Однак поліція чекала підозрюваних викрадачів, і сім осіб, зв'язок яких із викраденням не було доведено, були застрелені без попередження, коли вони прибули до будинку. Судово-медичні докази заперечували первісні твердження поліції про те, що померлі особи загинули під час протистояння арешту. Навпаки, були представлені криміналістичні докази, які підтверджували, що постраждали були застрелені впритул і без



³⁰ Див. інформацію щодо моніторингу виконання Україною положень міжнародних договорів у сфері прав людини. URL: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/Treaty-BodyExternal/Countries.aspx?CountryCode=UKR&Lang=EN.

будь-якого попередження. Сама Герреро отримала декілька пострілів вже після того, як вона померла від серцевого нападу.

Дії поліцейських були виправдані державою на національному рівні завдяки законодавчому декрету № 0070. Цей акт забезпечував поліцію захистом від будь-якого кримінального обвинувачення за дії, вчинені «в ході виконання операцій, запланованих з метою запобігання та стримування викрадення людей».

Перш ніж ознайомитись із подальшим текстом посібника, сформулюйте свою позицію у цій справі. Назвіть, які юридичні аргументи слід використати для її обґрунтування.

64. Комітет ООН встановив, що колумбійська поліція не може виправдати свої дії на основі національного законодавства. За даними Комітету, поліцейські дії призвели до свавільного позбавлення життя, що становить порушення ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права.

65. Ще одна хрестоматійна справа, яку мають враховувати держави при оцінці національної системи здійснення кримінального правосуддя, – справа «Baboeram-Adhin та інші проти Суринаму»³¹. У цій справі Комітет також встановив порушення права на життя відповідно до ст. 6 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права. У цьому випадку держава намагалася виправдати страту 15 осіб на підставі того, що чоловіки були вбиті, намагаючись втекти після невдалої спроби державного перевороту. Комітет за відсутності належних доказів, наданих державою, визнав порушення ст. 6. Комітет вважав, що «з фактів видно, що п'ятнадцять видатних осіб втратили життя внаслідок навмисних дій військової поліції. Держава-учасниця не представила жодних доказів, що підтверджують, що ці особи були розстріляні під час спроби втечі». Комітет також вказував на порушення ст. 6 у випадках, коли смертна кара була присуджена заочно, або присуджена дискримінаційно чи довільно в поєднанні з порушенням права на справедливий суд, або якщо держава не повідомила потерпілого про апеляційне слухання доти, доки воно не було проведено, або якщо спосіб страти є негуманним або принизливим.

66. Ст. 7 (яка передбачає заборону катувань та жорстокого, нелюдського або принизливого поводження або покарання) є дуже важливою статтею. Положення цієї статті не підлягають виняткам, регулярно розглядаються Комітетом ООН з прав людини у державних звітах, в Загальних коментарях і в індивідуальних справах.

67. Корисним є приклад з судової практики Комітету ООН з прав людини у справі «Контеріс проти Уругваю». Пан Контеріс був пастором методистської церкви, журналістом та професором університету, який був заарештований і затриманий уругвайською поліцією через його попередні зв'язки з Рухом Тупамароса. Три місяці його тримали без комунікацій і піддавали різним фор-

³¹ Case Baboeram-Adhin et al. v. Suriname. URL: <https://juris.ohchr.org/Search/Details/348>.

мам фізичних тортур, включаючи повішення за зап'ястя та нанесення опіків. Після вимушеного підписання визнання своєї вини пан Контеріс був засуджений військовим судом до 15 років позбавлення волі. Після зміни в уряді він згодом був звільнений. Комітет у цій ситуації встановив порушення кількох статей Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, включаючи жорстоке поводження та принижуючі гідність умови тримання за ст. 7.

68. Регіональні системи захисту прав людини та їх значущість. Регіональні системи характеризуються своїми сильними сторонами у створенні судів з прав людини; Європейська, Міжамериканська і Африканська системи захисту прав людини сьогодні мають механізми юридично обов'язкових до виконання судових рішень.

69. Щодо європейського права в галузі прав людини, то його основу становить *Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод* (1950 р.)³², зміст якої розкриває практика *Європейського суду з прав людини*, а також *Європейська соціальна хартія* (1996 р., переглянута). Всі вказані регіональні договори, які є інструментами Ради Європи, визнані Україною, є частиною її національного законодавства і забезпечені судовим захистом. Європейський суд з прав людини, на відміну від інших міжнародних судових та квазісудових органів, характеризується такими особливостями: 1) є відкритим для звернень будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, що вважають себе потерпілими від порушення прав, викладених у Конвенції або протоколах до неї; 2) рішення Суду є обов'язковими для виконання державами-учасницями. Так, згідно зі ст. 46 Конвенції, Високі Договірні Сторони зобов'язуються виконувати остаточні рішення Суду в будь-яких справах, у яких вони є сторонами.

70. На *регіональному рівні* юриспруденція регіональних органів, зокрема Європейської комісії та Європейського суду з прав людини, рясніє висновками у сфері застосування кримінального права на національному рівні. Істотна роль, яку Конвенція відіграє у кримінальному судочинстві держав-членів, зумовлена, значною мірою, широкою практикою ЄСПЛ щодо застосування ст. 6 Конвенції. Стаття, яка стосується права на справедливий суд, призвела до формування найбільшого обсягу судового права, що випливає з Конвенції³³.

71. Підсумовуючи цю частину викладення, можемо зазначити, що визнання світовим співтовариством прав і свобод людини, розробка уніфікованих міжнародних стандартів прав і свобод людини поставили перед державами світу актуальну проблему щодо напрацювання реальних гарантій

³² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

³³ The Influence of International Human Rights Law upon Criminal Justice Systems
Dr Javaid Rehman.

реалізації прав і свобод людини і громадянина. Створення міжнародних механізмів гарантій основних прав і свобод людини є одним із найбільших досягнень світового співтовариства у ХХ сторіччі. Ці гарантії знайшли своє вираження та закріплення через загальносвітове визнання міжнародних договорів з прав людини, а також спеціальних органів, уповноважених здійснювати контроль дотримання основних прав і свобод людини.

72. Отже, якщо уважніше вгледітися в історію прав людини, то можна побачити, що історично в її основі лежать *основоположні принципи захисту людини від свавільного ставлення з боку «необмеженої влади»*. Розвиваючись поступово, ці принципи поступово утвердились не тільки в позитивному праві більшості країн світу, але й були покладені в основу різних універсальних і регіональних механізмів захисту прав людини, які пронизують всю історію ХХ ст. і продовжують свій розвиток у ХХІ ст.

73. Так, принцип, відповідно до якого злочини і покарання за них мають визначатися законом (разом з наслідками, зокрема, йдеться про заборону зворотньої дії і про вимогу співрозмірності), закріплено у ст. 11 Загальної декларації прав людини (1948 р.), ст. 7 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (1950 р.), ст. 9 Американської конвенції про права людини (1969 р.), ст. 7 Африканської хартії прав людини і народів (1981 р.), ст. 6 Арабської хартії прав людини (1994 р.), ст. 49 Хартії основних прав Європейського Союзу (2000 р.) і ст. 15 Арабської хартії прав людини (2004 р.). Розвиваються й отримують універсальне визнання гарантії щодо абсолютної заборони нелюдського або такого, що принижує гідність поводження або покарання. Універсальну дію здобуває презумпція невинуватості.

74. Всі ці гарантії, які встановлюють межі у застосуванні кримінального покарання, сьогодні представляють собою універсальні цінності і є частиною спільного спадку світової юридичної думки.

1.2.3. Захисна роль стандартів у сфері прав людини у кримінальному праві

75. **Обмеження державного свавілля і значення практики ЄСПЛ.** У контексті практики ЄСПЛ природна сфера застосування захисної ролі прав і свобод щодо сили кримінального права може бути безпосередньо знайдена у ст. 5 Конвенції. Більше ніж 30 років тому ЄСПЛ підкреслив важливість права на свободу в демократическому суспільстві, вважаючи, що ця гарантія є частиною європейського суспільного порядку. На основі ст. 5 сформувався значна частина прецедентного права і продовжує формуватися як у кількісному, так і в якісному відношенні, і ретельно виконує важливу роль совісті кримінального права.

76. З фундаментальної точки зору таке обмежувальне спрямування практики ЄСПЛ щодо кримінального права виправдано тим, що кримінальне

право завжди втручається до сфери фундаментальних прав людини, в цьому його сутність. Зловживання, свавільність, відсутність міри були так довго притаманні кримінальному покаранню, що сучасне право гостро відчуває потребу забезпечити належний захист прав людини у сфері кримінального права. Свого часу, наприкінці XVIII – початку XIX ст.ст., щодо кримінального закону застосовувались вирази «одіозний закон», «такий, що дорого вартує, закон», пояснюючі які І. Бентам говорив, що кримінальне право «упродовж всього механізму свого функціонування може бути лише послідовністю пороків – на стадії загроз правам і свободам людини при формулюванні положень закону, на стадії переслідування обвинувачених, на стадії винесення судових вироків»³⁴. І хоча Бентам говорить тільки в термінах «зла», нескладно перевести його слова у площину термінології прав людини, розглядаючи будь-яку криміналізацію діяння як потенційне порушення того чи іншого права або свободи; будь-яке обвинувачення – як потенційне порушення права на репутацію і права на захист приватного життя; а будь-яке покарання – як потенційне порушення права на життя, свободу, репутацію, власність.

77. Субсидіарність кримінального права. Одним з основних стандартів застосування кримінального права, вироблених правом прав людини, є субсидіарність такого застосування. Йдеться про те, що до застосування кримінального права має висуватися вкрай сувора вимога необхідності – у тому сенсі, що кримінальний закон не повинен бути «злом, до якого завжди необхідно звертатися», але має бути «злом, звернення до якого може бути виправданим лише тоді, коли інші правові відповіді є неадекватними».

78. Результатом такого підходу є вже традиційна ідея «субсидіарності» кримінального права по відношенню до альтернативних форм втручання або невтручання. Іншим проявом субсидіарності, вже в межах самого кримінального права, є звернення до більш суворого покарання, такого як позбавлення волі, в разі неспроможності менш суворого покарання, як, наприклад, обмеження волі або грошова санкція³⁵.

79. «Горизонтальний ефект» прав людини і позитивні зобов'язання держав. Другий важливий принцип, сформований правом прав людини і такий, що має важливе значення для кримінального права, це принцип горизонтального ефекту і позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини.

80. На концептуальному рівні ця тенденція в прецедентному праві ЄСПЛ обумовлена двома подіями. Традиційно відповідальність держав-учасниць

³⁴ *J. Bentham*, 'Rationale of Punishments and Rewards', 1811; originally published in French as 'The orie des peines et des re^o compenses', in E. Dumont (ed.), *uvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, Vol. II (Brussels: Coster et Cie, 1829), at 10.

³⁵ *A. R. Mowbray*, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Oxford/Portland, OR: Hart Publishing, 2004).

могла бути пов'язана з тим, що можливе порушення прав і свобод Конвенції виникло або було викликано діями чи бездіяльністю самих національних органів влади. Але поступово сформулась ідея, що держави-учасниці «несуть відповідальність за дії, вчинені приватними особами, за певних умов». Завдяки низці своїх послідовних рішень Суд прийшов до висновку, що порушення Конвенції, вчинене приватною особою, може бути непрямо охоплюватися станом, коли держава зробила таке порушення можливим або вірогідним чи то через просту халатність, чи то через толерантність до подібних дій, відсутність їх оцінки як неправомірних. Ця тенденція сама по собі є проявом розвитку і розширення теорії позитивних зобов'язань.

81. Європейський суд з прав людини почав визнавати, що обов'язки держав у межах Європейської конвенції з прав людини, які, зазвичай, носять *негативний характер*, можуть супроводжуватися *позитивним зобов'язанням* гарантувати ефективну повагу прав і свобод, гарантованих Конвенцією. У цьому контексті прецедентне право ЄСПЛ передбачає, що держави мають забезпечити за допомогою відповідних законодавчих, адміністративних і судових рамок, що порушення Конвенції не вчиняються у відносинах між окремими приватними особами.

82. Глибокі наслідки прийняття *принципу горизонтальної застосовності прав людини* і появи *позитивних зобов'язань* у межах загальної теорії прав людини відразу стають очевидними. Якщо до цього права і свободи розглядалися переважно як «гальма» державної влади, гарантії від її свавільних дій, то тепер вони стають рушійною силою для обґрунтування необхідності державного втручання, використання державою своєї влади, зокрема, державного примусу.

83. Ця діалектика, без сумніву, може видатися відносно самоочевидною, оскільки вона є фундаментальною для доктрини суспільного договору. Новим є те, що ці два суперечливих виміри прав і свобод сьогодні утворюють предмет правових зобов'язань, які мають виконуватися і підлягають виконанню у судах.

Ознайомтесь з наведеними нижче фактичними умовами справи:

«Пан Х є батьком міс У, яка як особа з відхиленнями у розумовому розвитку жила в дитячому будинку для дітей із такими недоліками. У ніч з 14 на 15 грудня особа В. – зять директорки будинку, який проживав з дружиною там само (хоча і не був співробітником будинку), розбудив молоду дівчину, повів її у свою квартиру, змусив роздягнутися і вступити з ним у сексуальні стосунки. Це сталося наступного дня після того, як дівчині виповнилося шістнадцять років, і викликало у неї серйозне психічне потрясіння.

Пан Х подав скаргу до поліції, хоча згідно із законом (стаття 248 Кримінального кодексу Нідерландів) така скарга могла бути заявлена лише потерпілою. Комісар поліції прийняв скаргу за підписом батька, оскільки вважав, що сама дочка не могла зробити це через її розумову неповноцінність.

Проте прокуратура, куди з поліції було передано скаргу, відмовила у порушенні кримінального переслідування проти В, обмежившись зробленим йому попередженням.

Скаргу, подану паном Х на це рішення до Апеляційного суду Арнхема, останній відхилив, зокрема, на тій підставі, що названа вище стаття Кримінального кодексу може бути застосована лише у тому випадку, якщо зі скаргою звертається сама потерпіла.»

Надайте відповідь: Чи було порушено у даному разі права людини? В який спосіб мала спрацювати національна правова система, щоб забезпечити такий захист?

Як можуть бути захищені права людини на національному рівні в ситуації, коли національне законодавство не надає способи такого захисту? Зокрема, чи могли суди відійти від тексту норми національного законодавства, щоб забезпечити захист прав людини?

Наведені у завданні фактичні обставини справи є даними реальної справи, яка була розглянута ЄСПЛ. Рішення у справі Х. and Y. проти Нідерландів від 26 березня 1985 р. можна розглядати як знакове. Заявники скаржились відповідно до ст. 8 ЄКПЛ на неспроможність держави порушити кримінальну справу проти особи, яка згвалтувала дівчину з порушеннями розвитку. Суд почав з підтримки ідеї про те, що вибір засобів, розрахованих для забезпечення дотримання ст. 8 в сфері відносин окремих осіб між собою, є в принципі питанням, яке перебуває у межах свободи розсуду держави. У зв'язку із цим існують різні способи забезпечення «поваги до приватного життя», і характер обов'язків держави буде залежати від конкретного аспекта приватного життя, про який йдеться. Звернення до кримінального права не обов'язково є єдиною відповіддю.

Тим не менш, Суд установив, що захист, наданий цивільним законодавством у випадку правопорушення, скоєного щодо пані Y, є недостатнім. Це той випадок, коли на карту поставлено фундаментальні цінності і важливі аспекти приватного життя. У цій сфері необхідним є ефективне стримування, і воно може бути досягнуто тільки за допомогою положень кримінального права³⁶.

84. Потреба в ефективному захисті від порушень прав людини. У подальших своїх рішеннях ЄСПЛ вже без сумнівів використовував кримінальне право для посилення і більш ефективного захисту прав жертв порушення прав людини. З цієї точки зору Суд вже не виходить з необхідності обґрунтувати використання кримінально-правових засобів захисту прав людини. Навпаки – присутня зворотна тенденція: держава має навести аргументи, чому відсутні кримінально-правові інструменти захисту прав людини і основоположних свобод.

85. Відповідна вимога означає серед іншого, що держава має створити ефективну судову систему, яка у певних випадках має включати звернення до засобів кримінально-правового характеру. Так, наприклад, в одній зі справ Суд дійшов висновку, що зобов'язання держави за ст. 2 Конвенції не можуть бути виконані просто шляхом присудження компенсації за шкоду. Розслідування, яких вимагає ст. 2 Конвенції, мають привести до встановлення і покарання винуватих.

³⁶ X and Y v. the Netherlands, Appl. No. 8978/80, 26 March 1985, x 24, Series A, no. 91.

1.2.4. Міжнародне кримінальне право і права людини

86. Розвиток міжнародного кримінального права. Вважається, що звернення правозахисників на певному етапі розвитку правозахисного руху до інструментів кримінально-правового захисту стало одним з визначальних моментів останніх 40 років. Судові й квазісудові механізми захисту прав людини, міжнародні і регіональні правозахисні установи й вчені-міжнародники у сфері прав людини переважно дійшли висновку, що держави несуть відповідальність за кримінальне розслідування, судове переслідування і покарання осіб, які скоюють військові злочини, злочини проти людяності і геноцид, а також інші «серйозні» порушення прав людини³⁷.

87. Другу половину ХХ ст. назвали «каскадом правосуддя», який оцінили як позитивні зміни у правозахисному русі³⁸. Ці зміни були зумовлені тим, що правозахисний рух боровся із «культурою безкарності». На початку 1990-х правозахисники почали переходити від кампаній *називання й гноблення бездіяльності держави у сфері захисту прав людини (naming and shaming)* до пошуку інструментів притягнення винних у порушенні прав людини осіб до кримінальної відповідальності.

88. Більше того, зростання неолібералізму, яке супроводжувало закінчення холодної війни, часто вимагало сильної каральної держави, навіть в умовах ослаблення урядового контролю у багатьох інших сферах. Кримінальне право відіграло важливу роль у проектах економічної перебудови і забезпечення верховенства права в усьому світі³⁹.

89. Як було вказано, міжнародне кримінальне провадження після Другої світової війни (1939–1945) приписується започаткуванню сучасного режиму *міжнародного кримінального права (МКП)*. Однак передумови для такого формування простежуються впродовж століть і по всьому світу. Зокрема, МКП спирається на чотири основні напрямки історії міжнародного права: теологічну, а пізніше світську теорію справедливої війни, заборону піратства в ХІХ ст., подальші норми заборони работоргівлі, а потім рабства, і те, що ми зараз називаємо міжнародним гуманітарним правом (МГП) або «за-

³⁷ Engle, Karen, Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights (July 21, 2015). Cornell Law Review, Vol. 100: 1069, U of Texas Law, Public Law Research Paper No. UTPUB625, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2595677>

³⁸ Sikkink, Kathryn. 2011. The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics. New York: W.W. Norton & Co.

³⁹ Allegra M. McLeod, Exporting U.S. Criminal Justice, 29 YALE L. & POL'y REv. 83 (2010). Alexandra Huneus, International Criminal Law by Other Means: The Quasi-Criminal Jurisdiction of the Human Rights Courts, 107 AM. J. INT'L L. 1, 1–3 (2013); see also Frederic J M S Megret & Jean-Paul Saucier Calderón, The Move Towards a Victim-Centred Concept of Criminal Law and the “Criminalization” of Inter-American Human Rights Law: A Case of Human Rights Law Devouring Itself? (і далі за текстом, далі там вірно позначене джерело 2015 року).

коном війни». На цьому фундаменті міжнародне співтовариство поступово створювало норми, правила, інструменти та інституції, які зараз складають сучасну екосистему МКП. У цьому розділі історія матеріально-правових норм переплітається з еволюціонуючими принципами внутрішньої та міжнародної юрисдикції, оскільки ці наративи практично нероздільні в МКП.

90. Основні фактори, що вплинули на еволюцію міжнародного кримінального права. Варто підкреслити декілька особливостей цієї еволюції. По-перше, за винятком періоду після Другої світової війни, коли міжнародне співтовариство одночасно створювало закон для застосування та трибунали для його застосування, багато норм МКП розвинулися задовго до того, як з'явилися судові установи, які могли б їх застосовувати. За термінологією професора Дан-Кона, МКП мало правила поведінки без відповідних правил виконання (правила, що дозволяють посадовим особам виконувати правила поведінки)⁴⁰. Як і у випадку з більшою частиною міжнародного публічного права, знадобився деякий час, перш ніж міжнародне співтовариство захотіло застосувати вироблені принципи на практиці.

91. По-друге, донедавна норми формувались як реакція на світові події, а не як результат певного послідовного процесу, спрямованого на майбутнє. Помітним винятком є постійний Міжнародний кримінальний суд (МКС), який має лише перспективну юрисдикцію (тобто він не може виносити рішення за злочини, скоєні до його створення).

92. По-третє, історія МКП позначена все більшим і більшим вторгненням до простору, який історично розглядався виключно прерогативою суверенних держав. Таким чином, не тільки норми МКП все більше регулюють поведінку держави зі своїми громадянами та іншими особами, які перебувають під її юрисдикцією (а також поведінку недержавних суб'єктів), але й поведінка, яка порушує ці норми, все частіше стає предметом міжнародного розгляду, засудження та кримінального переслідування⁴¹.

93. Піратство та работоргівля були двома найпершими міжнародними злочинами за межами війни, щодо яких держави координували між собою зусилля щодо криміналізації та переслідування. До цього моменту те, що ми зараз називаємо МКП, в першу чергу зосереджувалося на діях, вчинених однією державою проти громадян іншої держави в контексті збройного конфлікту – традиційної парадигми для воєнних злочинів. З визнанням піратства, работоргівлі та, зрештою, рабства міжнародними злочинами, МКП звернуло свою увагу на приватних недержавних акторів. Таким чином, ми бачимо перехід від фокусування виключно на міжнародній діяль-

⁴⁰ *Meir Dan-Cohn*, Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law, 97 Harv. L. Rev. 625 (1984).

⁴¹ *Van Schaack Beth*, Style Ronald C. International Criminal Law: Intersections and Contradictions (Concepts and Insights), Foundation Press; 1st edition, 2020.

ності або діяльність різних національних держав до визнання міжнародної юрисдикції щодо діяльності, яка впливає на ефективне функціонування міжнародної системи (піратство) або порушує універсальні моральні цінності (рабство і работоргівля).

94. Піратство було поширеним явищем у XVIII ст. та XIX ст. Оскільки піратство скоювалося у відкритому морі (а, отже, не підпадало під територіальну юрисдикцію будь-якої держави), і оскільки не було міжнародних трибуналів, здатних притягнути до відповідальності правопорушника, будь-якій державі, яка отримала контроль над піратом, було дозволено його переслідувати. Таким чином, заборона піратства породила поняття універсальної юрисдикції, яке тепер є центральною ознакою сучасного МКП.

95. Колективні міжнародні зусилля з боротьби з піратством у багатьох відношеннях розпочалися з Паризької декларації про повагу до морського права 1856 року, оприлюдненої наприкінці Кримської війни, яка скасувала форми піратства у збройних конфліктах і була підписана майже всіма імперськими державами. Оскільки міжнародне співтовариство скликало Лігу Націй після Першої світової війни, заговорили про більш загальне регулювання піратства за допомогою міжнародної угоди; однак, ці зусилля були полишені, оскільки делегати вважали, що вони недостатньо нагальні, щоб заслуговувати на міжнародну увагу, і заплуталися у розходженнях між визначеннями піратства за міжнародним та внутрішнім правом. Лише століття по тому, коли в Женеві були розроблені чотири перших конвенції з морського права, з'явилося комплексне визначення злочину, засноване на договорах.

96. Скасування работоргівлі, а потім і рабства знаменує собою ще одну важливу главу в історії МКП та міжнародного права прав людини. Загальний акт 1890 року про придушення африканської работоргівлі («Брюссельський акт») нарешті закликав усіх підписантів криміналізувати работоргівлю та притягувати до відповідальності правопорушників – ранній приклад концепції універсальної юрисдикції на основі договору. Держави також створили міжнародну моніторингову комісію, Тимчасову комісію рабства (1924–1925), яка розширила свій мандат, щоб розглянути аналогічні практики примусової праці, боргового рабства та сексуального рабства. Рік по тому з'явилася відносно безперспективна Конвенція про рабство 1926 року, яка закликала до «поступового» придушення рабства. Хоча вона не містила конкретного режиму виконання, у її змісті є положення, які закликають держави криміналізувати саме рабство, вказуючи в статті 6, що держави-учасниці зобов'язані «вжити необхідних заходів для того, щоб можна було накладати суворі покарання за [работоргівлю та рабство]». Наступна Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та установ і практик, подібних до рабства (1956), повернулася до режиму Брюссельського акту і вимагала внутрішньої криміналізації та судового переслідування.

97. Роль міжнародного гуманітарного права. Сучасне міжнародне кримінальне право також значною мірою запозичено з *міжнародного гуманітарного права*. МГП, яке також називають «право війни» або «право збройного конфлікту», описує ті міжнародні норми, які регулюють збройні конфлікти. Поки групи людей, а пізніше держави, вели війну, існували правила, що регулюють прийнятну поведінку під час збройного конфлікту, що обманувало твердження Цицерона: *enim lēgēs inter arma* – під час війни закон замовкає. Хоча історія військового права часто розповідається з точки зору міжнародних конференцій, що проводяться в Гаазі та Женеві, усі людські культури докладають зусилля з метою врегулювати цей притаманний історії людства аспект.

98. Перша сучасна кодифікація законів про збройні конфлікти міститься в Кодексі Лібера, розробленому під час Громадянської війни в США професором Френсісом Лібером з Колумбійського коледжу та оприлюдненому президентом Авраамом Лінкольном для управління військами Союзу. Незважаючи на те, що Кодекс застосовувався лише до внутрішнього конфлікту США, він надихнув інші держави для видання подібних правил, а також для перших багатосторонніх конвенцій про закони війни наприкінці 1800-х років, включаючи Гаазькі конвенції про сухопутну війну 1899 та 1907 років. Багато положень Кодексу Лібера разом із попередніми кодифікаціями, що сягають найдавнішої епохи зареєстрованої історії, тепер містяться в мережі двосторонніх та багатосторонніх договорів, що робить МГП найбільш кодифікованою сферою МКП.

99. На рубежі XIX–XX століть міжнародна спільнота все більше звертала увагу на кодифікацію законів війни. У 1899 і 1907 роках в Гаазі відбулися мирні конференції, що призвело до укладення кількох конвенцій, присвячених сухопутній і морській війні.

100. Нюрнберзький і Токійський міжнародні трибунали. Період після Другої світової війни – переломний момент у розвитку МКП. Цей період ознаменував створення двох міжнародних трибуналів для розгляду міжнародних злочинів – Міжнародного військового трибуналу для суду над головними воєнними злочинцями Німеччини (*Нюрнберзький трибунал*) і Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу (*Токійський трибунал*). Союзники створили ці трибунали, щоб переслідувати високопоставлених німецьких та японських військових та цивільних, чії злочини «не мали певної географічної локалізації». Нюрнберзький трибунал був заснований за угодою (Лондонська угода від 8 серпня 1945 р.) між чотирма союзними державами-переможцями: Францією, Радянським Союзом, Великобританією та США. Токійський трибунал був технічно створений спеціальною прокламацією, виданою Верховним головнокомандувачем Об'єднаними силами на Далекому Сході, генералом США Дугласом Макартуром, з погодження інших держав Альянсу. Міжнародні судові розгляди в цих установах супро-

воджувалися сотнями судових процесів у військових і цивільних трибуналах у різних зонах окупації по всій Європі та на Тихоокеанському театрі. Оскільки ці зусилля по забезпеченню виконання тривали, кодифікація МКП також почалася серйозно, з оприлюдненням договорів, що стосуються геноциду (Конвенція 1948 року про запобігання злочину геноциду і покарання за нього) та військових злочинів (чотири Женевські конвенції 1949 року).

Перегляньте фільм «Нюрнберзький процес» (Judgment at Nuremberg (1961)). Якою є Ваша позиція: чи підлягають притягненню до відповідальності судді, які здійснювали правосуддя на підставі чинних на той момент у нацистській Німеччині норм?



101. Важко переоцінити значення періоду після Другої світової війни для галузі МКП. Нюрнберзький і Токійський трибунали встановили багато основних принципів цієї галузі, і сучасні трибунали продовжують посилатися на ці судові процеси. По-перше, Нюрнберзьке та Токійське провадження встановили, що багато порушень МГП, які до цього приводили лише до відповідальності держави, також мають тягнути за собою індивідуальну кримінальну відповідальність, навіть якщо у відповідному договорі не говорилося про кримінальні покарання. Тому, коли Нюрнберзькі підсудні стверджували, що вони не можуть бути притягнені до відповідальності за певні дії, оскільки вони не були технічно злочинами за міжнародним правом на момент вчинення дій, Трибунал відповів, що «[з]лочини проти міжнародного права вчиняються людьми, а не абстрактними суб'єктами, і лише караючи осіб, які вчиняють такі злочини, можна застосовувати положення міжнародного права». Усі угоди про МКП після Другої світової війни ґрунтуються на цьому уявленні про індивідуальну кримінальну відповідальність за порушення. Зокрема, це наріжний камінь режиму забезпечення виконання, що міститься в чотирьох Женевських конвенціях 1949 року, які є першими договорами, які отримали загальну ратифікацію.

102. По-друге, обидва трибунали встановили примат міжнародного права над внутрішнім. У багатьох випадках поведінка, в якій підсудного було обвинувачено, була дозволена національним законодавством. Справді, статут трибуналів чітко вказували на те, що злочини проти людства, зокрема, караються «незалежно від того, чи порушують національне законодавство країни, де вони вчинені».

103. Те, що міжнародне право обмежує зміст внутрішнього права, яке регулює виключно внутрішні справи, було новаторським з огляду на панівну думку про те, що міжнародне право в першу чергу регулює відносини між державами, а не відносини всередині держав. Нюрнберзький і Токійський судові процеси стали першим випадком, коли міжнародне співтовариство пробило завісу суверенітету, щоб притягнути урядових акторів до відповідальності за жорстоке поводження зі своїми співвітчизниками.

104. Сучасний період розвитку міжнародного кримінального права. Ще однією важливою віхою у розвитку міжнародного кримінального права стали події кінця ХХ ст. У цей період до Європи повернувся геноцид у формі депортацій, концентраційних таборів, «етнічних чисток» та масових вбивств мирного населення боснійських мусульман під час війни на території колишньої Югославії. У розпал війни Рада Безпеки ООН розглядала конфлікт у серійних резолюціях. У резолюції 780, прийнятій 6 жовтня 1992 року, Рада Безпеки доручила Генеральному секретарю, на той час єгипетському дипломату Бутросу Бутросу-Галі, створити Комісію експертів для документування порушень міжнародного права. Оскільки це розслідування тривало, уряди (переважно Сполучених Штатів), а також міжурядові та неурядові організації закликали до створення спеціального міжнародного трибуналу за Нюрнберзькою традицією, щоб призначити індивідуальну відповідальність за задокументовані зловживання. Проміжна доповідь Комісії експертів повторює ці рекомендації. У резолюції 808, прийнятій 22 лютого 1993 р., Рада Безпеки одноголосно постановила, що «має бути створено міжнародний трибунал для переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, скоєного на території колишньої Югославії з 1991 року». Генеральному секретарю було доручено підготувати конкретні пропозиції щодо такого трибуналу. У своїй наступній доповіді Бутрос-Галі представив план трибуналу та додав проект статуту, що викладав існуюче міжнародне гуманітарне та кримінальне право. Посилаючись на свої повноваження у розділі VII, Рада Безпеки одноголосно ухвалила проект статуту в резолюції 827 25 травня 1993 р. Таким чином було створено *Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії*.

105. Наступного року в Руанді був скоєний геноцид. Загалом, понад 800 000 тутсі та помірних хуту загинули лише за чотири місяці – рівень вбивств значно перевищив нацистський Голокост. Скликавши трибунал для колишньої Югославії, Рада Безпеки не могла легко ігнорувати майже мільйон загиблих у Руанді, особливо з огляду на те, що через невтручання міжнародного співтовариства кількість загиблих зростала. Таким чином, Рада Безпеки резолюцією 955 заснувала *Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди (МКТР)*, встановивши, що поширені порушення міжнародного права переважно в межах однієї держави становлять загрозу міжнародному миру та безпеці у розумінні розділу VII Статуту ООН.

106. Пізніше зусиллями поза Радою Безпеки були створені додаткові *спеціальні трибунали для реагування на масові злочини*, скоєні в Сьєрра-Леоне, Камбоджі, Лівані, Косові, Східному Тиморі, Чаді та Центральноафриканській Республіці. Нові моделі розглядалися в інших країнах, включаючи Південний Судан і Демократичну Республіку Конго. Дані трибунали, створені як *гібридні суди*, покликані представити новий розподіл завдань між міжнародними, інтернаціоналізованими та внутрішніми юрисдикці-

ями і базуються на партнерстві і прагненні здійснювати спільну справу справедливості. Гібридні трибунали складаються з інституційного судового апарату, що найчастіше включений в національну систему юстиції, але у ньому присутній, окрім національного, і міжнародний компонент: іноземні судді працюють разом з місцевими колегами, розглядаючи справи, які переслідуються та захищаються командами місцевих юристів, які працюють з адвокатами з інших країн, і застосовують як національне право, так і міжнародне, таким чином поважаючи національний суверенітет та забезпечуючи міжнародне схвалення. Ця гібридна модель сприяє викориненню безкарності, праву на правосуддя, відновлює довіру до верховенства права і залишає для країни, що перебуває на стадії постконфліктного відновлення, міцну правову спадщину для подальшого розвитку⁴².

107. Міжнародний кримінальний суд. Вищезгадані процеси стали додатковим натхненням для створення постійного міжнародного кримінального суду. Після скликання шести окремих сесій Підготовчий комітет підготував зведений проект статуту, який послужив основою для всебічних переговорів на Дипломатичній конференції повноважних представників щодо створення *Міжнародного кримінального суду*, що проходила з 15 червня по 17 липня 1998 року в Римі, Італія. Під час дипломатичної конференції, в якій взяли участь делегації 120 держав, численні спостерігачі та міжурядові організації, а також сотні неурядових організацій, було завершено і прийнято остаточний договір, який називається *Римським статутом Міжнародного кримінального суду*. Проти остаточного тексту проголосували лише сім держав: США, Китай, Ізраїль, Катар, Лівія, Ірак та Ємен. МКС набув чинності у 2002 році.

Питання для самоконтролю

1. Які історичні події вплинули на розвиток кримінального права в цілому і міжнародного кримінального права зокрема?
2. Яким є співвідношення між національними нормами кримінального права і міжнародними стандартами у сфері прав людини? Чи є можливою суперечність між ними, і якщо так, то як вона має бути вирішена на практиці – на користь національного права чи міжнародних стандартів у сфері прав людини?
3. Як проявляє себе ідея природного характеру прав людини в кримінальному праві?
4. Яким Ви бачите взаємозв'язок між кримінальним правом, міжнародним правом прав людини, міжнародним гуманітарним правом?

⁴² Grebenyuk Iryna, Pour une reconstruction de la justice pénale internationale. Réflexions autour d'une complémentarité élargie, Clermont-Ferrand, Institut Universitaire Varenne, Collection «Thèses», Diffusion LGDJ-Lextenso, 2018, 369–408; Grebenyuk Iryna, La Cour pénale spéciale centrafricaine : une illustration de «complémentarité élargie»? Dans Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2018/1 (№ 1). URL: <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2018-1-page-1.htm>; Williams Sarah, Hybrid and Internationalised Criminal Tribunals. Selected Jurisdictional Issues, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2012, 470 p.

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Amatrudo Anthony, Blake Leslie William. Human Rights and the Criminal Justice System. Routledge, 2015. 175 p.
2. Bassiouni M. Cheif. Human Rights in the Context of Criminal Justice: Identifying International Protections and Equivalent Protections in National Constitutions. Duke Journal of Comparative & International Law. 1993. Vol 3. P. 235–297.
3. Clapham A. Human Rights. A Very Short Introduction. Oxford University Press, 2007. 193 p.
4. Coercive Human Rights Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR. Edited by Laurens Lavrysen and Natasa Mavronicola, HART PUBLISHING, 2020. 308 p.
5. Goodhart M. Human Rights: Politics and Practice. Oxford University Press, 2016. 512 p.
6. Hunt L. Inventing Human Rights. A History. W. W. Norton; Company, 2008. 272 p.
7. Krahenmann S. Positive obligations in human rights law during armed conflicts // Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law / Edited by Kolb R., Gaggioli G. – Cheltenham: Edward Elgar Pub., 2013.
8. Zeegers Krit. International Criminal Tribunals and Human Rights Law. Adherence and Contextualization. Springer, 2016. 434 p.
9. Кнут В. Бергем. Введение в права человека / Кнут В. Бергем, Гуннар М. // Учебное пособие. Норвежский Хельсинкский Комитет по правам человека. Варшава: Друкарня Валдемар Грзебыта. 117 с.
10. Посібник з освіти в області прав людини за участі молоді // Електронний ресурс. Режим доступу: [https://www.coe.int/uk/web/compass/what-are-human-rights-#A historical outline](https://www.coe.int/uk/web/compass/what-are-human-rights-#A%20historical%20outline).
11. Разметаєва Ю. Доктрина та практика захисту прав людини : навчальний посібник. Київ: ФОП Голембовська О.О., 2018. 364 С. https://nlu.edu.ua/wp-content/uploads/2021/05/phd_1_copу.pdf.
12. Христова Г. О. Доктрина позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини. Дисертація, Харків, 2019. http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Xristova/d_Xristova.pdf.

КЕЙСИ

1. Case Guerrero vs. Colombia, <https://juris.ohchr.org/Search/Details/674>.
2. Case Baboeram-Adhin et al. vs. Suriname, <https://juris.ohchr.org/Search/Details/348>.
3. X and Y v. the Netherlands, Appl. No. 8978/80, 26 March 1985, x 24, Series A no. 91.
4. Повне зібрання матеріалів Нюрнберзького трибуналу в мережі Інтернет: http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/imt.asp; http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/NT_major-war-criminals.html.

1.3. Кримінально-правова охорона прав людини та архітектоніка її джерел в концептуальних національних дебатах

1.1.1. Щодо розуміння поняття «джерело кримінально-правової охорони»

1.1.2. Чи є КК єдиним джерелом кримінального права?

1.1.3. Зasadничі принципи архітектоніки джерел кримінально-правової охорони

1.1.4. Види джерел кримінально-правової охорони: доктринальний спектр

1.1.5. Характеристика джерел кримінально-правової охорони

Цілі навчання. Цей підрозділ надає інформацію щодо змісту концептуальних національних дебатів стосовно питань архітектоніки джерел кримінально-правової охорони. Знання про існуючий в даній царині дискурс дозволять студентам системно розуміти механізми захисту прав людини у кримінальному праві з урахуванням локального українського контексту. Характеристика окремих джерел кримінально-правової охорони та дискусія щодо їх місця і ролі у сучасній системі захисту прав людини нададуть студентам можливість опанувати вміння орієнтуватися в системі цих джерел, знаходити і використовувати системні зв'язки, будувати успішні стратегії правозахисту та стримування і протидії злочинності.

108. Права людини, верховенство права і роль джерел кримінально-правової охорони. Права людини тісно пов'язані з верховенством права як правовим та політичним режимом, згідно з яким право стримує владу, заохочуючи певні свободи та створюючи порядок і передбачуваність щодо функціонування країни. Хоча віднайти позитивне визначення верховенства права, яке враховує та включає розуміння багатьох юридичних спільнот, – нелегка справа, проте на сьогодні існує далекосяжний консенсус щодо того, що метою верховенства права має бути запобігання свавільній владі урядів та захист прав людини. Існує певне «змагання» між більш «формальними» концепціями верховенства права та більш «змістовними». Формальні більш суттєву увагу приділяють вимогам, пов'язаним з процесом і формою, а змістовні пред'являють вимоги і до змісту правових норм. У будь-якому випадку жодна з цих концепцій не заперечує значущості того, наскільки важливим є питання джерел (форм) кримінально-правової охорони – тих способів зовнішнього вираження і закріплення норм, завдяки яким ми здобуваємо знання про сенси права.

109. Важливою складовою верховенства права є зв'язаність держави законом, тобто вимога, щоб держава діяла на основі норм, що містяться в публічно опублікованих приписах та стандартах, відповідно до яких може бути оцінена правомірність офіційних дій. Будь-які політики та практи-

ки публічних агентів мають поважати обмеження та приписи, передбачені у джерелах права. При цьому змістовна узгодженість правової бази є важливою гарантією дотримання прав людини і означає, що існує чітка ієрархія в системі норм. Оскільки права людини можуть бути загрожені як надмірним, так і недостатнім правовим регулюванням, уявлення про архітектуру джерел кримінально-правової охорони є необхідним знанням, яке дозволяє формувати кримінально-правові політики з належною повнотою та ефективністю.

Один із судів апеляційної інстанції, переглядаючи вирок щодо двох осіб, вказав на те, що на час ухвалення вироку місцевим судом був прийнятий Закон України «Про державний бюджет на 2017 рік», відповідно до якого був збільшений розмір прожиткового мінімуму для працездатних осіб, що потягло збільшення до 160 грн. розміру вартості викраденого майна, з якого починається можливість притягнення до кримінальної відповідальності. Суд дійшов висновку, що вказаний закон поліпшує становище особи, а тому відповідно до ст. 5 КК України має бути ретроактивно застосований при визначенні наявності складу злочину у діях обвинувачених. Оскільки дані особи викрали майно на суму 150 грн. 22 коп., а на час постановлення вироку розмір вартості викраденого майна, який тягне кримінальну відповідальність, був визначений у сумі 160 грн., апеляційний суд указав на відсутність у відповідних діях складу злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КК України, та перекваліфікував їх поведінку на ч. 1 ст. 162 КК України.

Касаційний кримінальний суд, приймаючи власне рішення у даній справі, виходив з того, що: а) на час вчинення злочину, ухвалення вироку та перегляду цього судового рішення в апеляційному порядку ст. 185 КК України, яка встановлює злочинність та караність діяння за вчинення крадіжки, не змінювалася; б) Закон України «Про державний бюджет на 2017 рік» не є законом про кримінальну відповідальність, а тому його прийняття у цьому конкретному випадку не поліпшувало становище обвинувачених осіб, що відповідає рішенням Конституційного Суду України від 19 квітня 2000 р. у справі № 1-3/2000 (справа про зворотню дію кримінального закону у часі). У результаті використання цих аргументів Касаційний кримінальний суд дійшов висновку, що ухвала апеляційного суду підлягає скасуванню з призначенням нового розгляду в суді апеляційної інстанції. Див.: Постанова Верховного Суду 24 травня 2018 року у справі № 418/968/16-к.



Надайте оцінку аргументованості рішення Касаційного кримінального суду.

110. Наведений у завданні приклад дає можливість досягнути важливості розуміння поняття джерел кримінально-правової охорони та залежність розв'язання питання застосування заходів кримінально-правового впливу від відповідного розуміння. Поставлена проблема має як суто теоретичний характер, так і вагомий прикладний аспект, адже від того, що ми розуміємо під «джерелом кримінально-правової охорони», безпосередньо залежить можливість держави обмежувати права особи у контексті заходів кримінально-правового впливу.

1.3.1. Щодо розуміння поняття «джерело кримінально-правової охорони»

111. Різноманіття підходів до визначення поняття джерел кримінально-правової охорони. Основним значенням терміну «архітектоніка» є «гармонійне сполучення частин у єдине ціле»⁴³. Враховуючи саме таке розуміння цього поняття, яке, видається, відображає не стільки сучасний стан джерел кримінально-правової охорони, скільки прагнення до ідеалу у даній сфері, ми спробуємо з'ясувати відповідний матеріал.

112. Кримінально-правова доктрина в Україні не має усталеного та загальновизнаного розуміння базового поняття кримінально-правової охорони – її джерела. Більше того, вчені, викладаючи свої наукові позиції, оперують різними термінами: «джерело кримінального права»; «джерело кримінального законодавства»; «джерело кримінально-правового регулювання» etc. Наповнення змістом цих термінів також відрізняється залежно від того, яку концептуальну оптику використовує той чи інший автор.

113. Характеризуючи джерела кримінального права, дослідники неодноразово підкреслювали, що розуміння змісту цього явища істотно відрізняється залежно від того, про що йдеться у конкретному випадку характеристики. Так, В. Грищук зазначав, що «...у підході до аналізу поняття «джерело» права ... необхідно розрізняти два поняття: «кримінальне законодавство» та «кримінальне право». Перше з них є вужчим за змістом. На сьогоднішній день єдиним джерелом кримінального законодавства України є КК України. За загальним правилом, закріпленим у ч. 1 та 3 ст. 3 КК України, законодавство України про кримінальну відповідальність становить КК України ... Друге поняття – «кримінальне право» є значно ширшим за змістом, оскільки поряд із кримінальним законодавством (кримінальним законом, КК України), ... його джерелами є й інші нормативні акти»⁴⁴. О. Дудоров, М. Хавронюк застерігають, що «...іноді плутають форми (ще їх називають форми існування або джерела) кримінального права та форми (джерела) кримінального законодавства і помилково стверджують, що лише закон про кримінальну відповідальність є формою (джерелом) кримінального права»⁴⁵, фактично розрізняючи «джерела кримінального права» та «джерела кримінального законодавства».

114. Цілком справедливо відмінність визначення поняття від його предмету підкреслює П. Андрушко, зазначаючи, що «...відповідь на запитання

⁴³ Словник української мови. В 11 томах. Т. 1. К., 1970. С. 65.

⁴⁴ *Грищук В. К.* Поняття, предмет, методи, завдання, функції, система, джерела та принципи українського кримінального права: навчальний посібник. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. С. 55.

⁴⁵ *Дудоров О. О. Хавронюк М. І.* Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2014. С. 75–76.

про поняття і види джерел кримінального права залежить від того, про які джерела якого кримінального права – галузі права, науки чи навчальної дисципліни йде мова, тобто від того, в якому значенні (розумінні) вживається термінопоняття «кримінальне право»⁴⁶.

115. *Враховуючи широкий спектр дискусійних позицій, у даному посібнику в якості робочої моделі розуміння джерел кримінально-правової охорони матимуться на увазі ті форми кримінального права, які відображають його зміст саме як галузі об'єктивного позитивного права, основним завданням якої є охорона прав та свобод людини, суспільства та держави.*

116. Загалом сприймаючи в якості робочої концептуалізації поділ джерел права в цілому та кримінального права, зокрема, на змістовні та формальні джерела, під час аналізу у даному підрозділі використовуватиметься формальний аспект розуміння джерел. Фактично, розглядаючи джерела кримінально-правової охорони та їх архітектоніку, вивчатимуться ті *правові явища, в яких формалізується (оформлюється, об'єктивується) норма кримінального права та які спрямовані на вирішення кримінально-правового конфлікту.*

117. Фундаментальні риси феномену «джерело кримінально-правової охорони». Визначення поняття «джерело кримінально-правової охорони» та розуміння цього правового феномену можливе за умови врахування таких висхідних ідей:

- джерело кримінально-правової охорони – це у тому числі (чи насамперед) зовнішня форма норми кримінального права, тобто даний феномен тісно пов'язаний із «нормою» як базовим елементом системи права;
- форма існування норми кримінального права тільки тоді може вважатися джерелом кримінально-правової охорони, коли вона фактично здатна виконати свою функцію – бути застосованою (використаною) для розв'язання кримінально-правового конфлікту;
- форма кримінально-правової охорони не є сталою і закостенілою; це динамічна субстанція, яка розвивається разом з розвитком її змісту – норми кримінального права.

118. Отже, йдеться про базовий підхід, що *джерелом права є те, що містить норму права.* Таке розуміння джерела кримінально-правової охорони знаходить свою підтримку в українській кримінально-правовій доктрині. М. Панов з цього приводу слушно відзначає, що «...залежно від того, в яких юридичних (нормативно-правових) актах передбачаються кримінально-правові заборони і приписи, тобто норми кримінального пра-

⁴⁶ Андрушко П. П. Джерела кримінального права України: поняття, види. Адвокат. 2011. № 7(130). С. 19.

ва, можна зробити висновок щодо юридичної сили цих джерел, з'ясувати дію їх норм у часі, просторі і за колом осіб, тощо»⁴⁷. Норми кримінального права охороняють суспільні блага у широкому розумінні і запобігають вчиненню злочинів. Ці завдання вони здатні виконувати відповідно до своєї формальної визначеності, яка досягається шляхом використання словесної форми і, в основному, закріплюється у відповідних актах – законах⁴⁸.

119. *Функціональність* джерела кримінально-правової охорони полягає у тому, що таким джерелом може визнаватися лише та форма виразу кримінально-правової норми, яка за своїми правовими властивостями здатна виконувати функцію права – бути застосованою або використаною для охорони прав та свобод людини, суспільства та держави. Доказом віднесення певного явища до джерел права служить в основному судова практика, оскільки суд – єдиний орган державної влади, який у спірних ситуаціях уповноважений визначати природу відповідного явища. Саме суд шукає правову норму, і те, де він її знаходить, – це і є джерелом права у формальному його розумінні. Таким чином, суди здійснюють вирішальний вплив на визначення системи джерел права.

120. *Динамізм* джерел кримінально-правової охорони – важлива риса, яка зумовлює їхню життєздатність та вплив. Форма права, так само як і всі інші його компоненти, не виключаючи й змісту, є постійно мінливим, динамічним явищем, що весь час розвивається. Хоча в принципі форма права, як і будь-яка інша форма, за своєю природою, характером та призначенням, порівняно із змістом та іншими компонентами права, тяжіє до стабільності, однак під впливом постійно мінливого змісту права і оточуючого економічного, соціально-політичного чи іншого середовища форма права теж не залишається незмінною. Це стосується й форми кримінального права, яке хоч і є, напевно, найбільш консервативною галуззю права, проте не може не зазнавати впливу тенденцій розвитку правової системи у цілому.

121. **«Широка» та «вужька» концептуалізація поняття джерела.** Вже зазначалося, що визначення поняття «джерело кримінально-правової охорони» напряму залежить від концепції, якої додержується автор. Зокрема, та чи інша оптика для визначення поняття джерела кримінального права відрізняється *ступенем охоплення явищ*, що включаються у зміст аналізованого поняття.

122. Так, *широким* за обсягом правових явищ, які охоплюються поняттям «джерело кримінального права», є визначення такого роду: «Джерело кримінального права – це ієрархічно побудована система ланок, що

⁴⁷ Панов М. Джерела кримінального права: поняття, види, правове значення. Право України. 2017. № 6. С. 81.

⁴⁸ Корнута Р. Загальнотеоретичні особливості структури норми кримінального права. Право України. 2008. № 11. С. 72.

містить у актах уповноважених суб'єктів права норми кримінального права у письмовій формі (закон, нормативно-правовий акт, судовий прецедент), а також у актах волевиявлення владних суб'єктів, що є неписаними нормативними актами (звичай, доктринальне право, правосвідомість), а також фактори (обставини та явища), які впливають на правоутворення та його генезис (утворення, формування, встановлення, зміну, скасування) кримінально-правових норм, та визначають їхній зміст як в момент створення (правотворчості), так і в момент реалізації зазначених норм, на основі яких виникають, змінюються та припиняються кримінально-правові відносини»⁴⁹.

123. Більш *вужкий* обсяг явищ охоплюється в межах такої концептуалізації: «Джерела кримінального права – нормативно-правовий акт, у якому знаходить своє формальне закріплення норми кримінального права»⁵⁰.

124. **Взаємозамінність понять «джерело кримінального права» та «джерело кримінально-правової охорони».** Прикметно, що у доктрині кримінального права пропонуються здебільшого визначення поняття «джерело кримінального права», а не «джерело кримінально-правової охорони», тому цілком закономірним є питання щодо співвідношення цих понять. Видається, дані поняття цілком *співвідносні та мають в цілому однаковий зміст*. Відмінність у змістовних відтінках між ними полягає у тому, що поняття «джерело кримінально-правової охорони» підкреслює *функціональний* аспект здатності цих правових інструментів «охороняти» та *ціннісний* аспект такої охорони, важливості даних джерел у захисті прав людини та найбільш значущих суспільних благ. Загалом же у даному посібнику вони вживатимуться як *взаємозамінні*.

125. Враховуючи все вищенаведене, є підстави «джерела кримінально-правової охорони» визначити як *динамічні форми зовнішнього виразу та існування кримінально-правових норм, які можуть бути застосовані/використані для виконання кримінальним правом функції охорони прав і свобод людини, суспільства та держави*.

1.3.2. Чи є КК єдиним джерелом кримінального права?

126. **Моністичний та плюралістичний підходи до розуміння джерел кримінально-правової охорони.** Дискусійним питанням у теорії кримі-

⁴⁹ Кузимбаєв О. С. Джерела кримінально-правового регулювання в Україні: Доктринальні аспекти. Дис. ... канд. юрид. наук, 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Одеса: ОДУВС, 2017. С. 56.

⁵⁰ Фесенко Є. В. Джерела кримінального права // Велика українська юридична енциклопедія: у 20-ти томах. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В. Я. Тацій, В. І. Борисов та ін. ; Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. 2017. С. 147–148.

нального права в Україні донині залишається проблема визнання джерелом кримінально-правової охорони лише Кримінального кодексу України (закону про кримінальну відповідальність). Так, зокрема, в сучасній енциклопедичній літературі зазначається, що «основним безпосереднім джерелом кримінального права є КК, який був прийнятий 05.04.2001 і містить норми кримінального права. Будь-які інші нормативно-правові акти не можуть містити норми кримінального права. Це впливає зі змісту ст. 3 КК України...»⁵¹.

127. Подібна позиція має своїх прихильників. Так, М. Панов достатньо категорично стверджує, що «...є всі підстави стверджувати, що кримінально-правова норма як першооснова кримінального права і її базовий елемент своїм юридичним джерелом має закон про кримінальну відповідальність. Тому норми кримінального права можуть встановлюватися, змінюватися чи скасовуватися (мати своїм джерелом) тільки законом про кримінальну відповідальність. У такий спосіб закон визнається єдиною формою джерела кримінального права. З цього випливає, що норми кримінального права становлять зміст закону про кримінальну відповідальність»⁵².

128. Разом з тим, у кримінально-правовій доктрині України існує і альтернативний підхід, який розширює розуміння джерел і ґрунтується на наступних доводах: «...якщо розуміти джерело кримінального права як форму, в якій воно існує, то закон про кримінальну відповідальність є практично єдиною формою (джерелом) кримінального права, бо у сучасній Україні воно майже не існує в інших формах. Винятками є, зокрема, незначні за обсягом положення Конституції України, окремих інших законів, а також рішень Конституційного Суду і ЄСПЛ, які фактично змінюють зміст положень КК України або дають їм нову офіційну та обов'язкову для урахування інтерпретацію і тим самим впливають на форму кримінального права. У цьому сенсі поняття форм (джерел) кримінального права і форм (джерел) кримінального законодавства збігаються або майже (за винятком актів застосування і тлумачення) збігаються» (О. Дудоров)⁵³.

129. Тектонічні зсуви у розвитку сучасного кримінального права, вплив глобальних та регіональних систем захисту прав людини, розвиток юрис-

⁵¹ *Фесенко С. В.* Джерела кримінального права // Велика українська юридична енциклопедія: у 20-ти томах. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В. Я. Тацій, В. І. Борисов та ін. ; Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. 2017. С. 147–148.

⁵² *Панов М.* Джерела кримінального права: поняття, види, правове значення. Право України. 2017. № 6. С. 82.

⁵³ *Дудоров О. О. Хавронюк М. І.* Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2014. С. 75–76.

пруденцій різних міжнародних судових та квазі-судових установ, стримкий розвиток і поява нових сфер суспільного життя, безумовно, впливають на зміну підходів до розуміння архітекτονіки джерел кримінального права. Тому, видається, *моністичний* підхід до розуміння джерел кримінального права поволі змінюється на *плюралістичний* підхід.

130. Зрозуміло, що єдиний законодавчий акт, на перший погляд, є зручним інструментом у руках юристів. Проте, реалізація положення ч. 3 ст. 3 КК України про те, що «кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом», у сучасних умовах створює лише ілюзію «єдиного джерела», і перебування в полоні цих ілюзій загрожує творенню справді ефективних кримінально-правових механізмів та інструментів⁵⁴.

Знайдіть у Особливій частині КК України принаймні 5 (п'ять) статей, які неможливо застосувати без звернення до законодавства, яке належить до інших галузей права. Законами України чи підзаконними нормативно-правовими актами визначено зміст ознак у відшуканих вами бланкетних диспозиціях Особливої частини КК України? Як ви вважаєте, чи є приписи регулятивного законодавства джерелом кримінального права? Обґрунтуйте Вашу позицію.

131. Йдеться про діалектичну суперечність між абстрактністю кримінально-правової норми та максимальною конкретністю правовідношення, яке нею обумовлене. Деталізація правового регулювання окремих сфер суспільного життя: протидії корупції, охорони праці, транспортної чи екологічної сфер, господарських відносин etc. – фактично виключає можливість належного використання абстрактної кримінально-правової норми для закріплення заборони під страхом покарання вчинити певне діяння.

132. Проблема використання у кримінальному праві бланкетних норм. «Перехідною» формою конкретизації кримінально-правової заборони є активне використання так званих «бланкетних» норм, які з'явилися у XIX столітті як реакція на бурхливий розвиток правових систем того часу. Зараз же кількість бланкетних диспозицій у чинному КК є вельми значною. Їх активне використання фактично призвело до появи такого об'єктивного явища, як опосередкована криміналізація (декриміналізація) у кримінальному праві, коли кримінальна протиправність фактично вчиненого діяння визначається не у КК, а у іншому нормативному акті, який до того ж не завжди має силу закону. А це прямо суперечить ст. 92 Конституції України. Видається, що конкретизуючий потенціал бланкетної дис-

⁵⁴ *Марін О.* Джерела кримінального права у контексті правової реформи в Україні. Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні: матеріали XXV звітної науково-практичної конференції (6–7 лютого 2020 р.). Ч. 2. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2020. С. 137–139.

позиції у сучасних умовах розвитку правової системи створює все більше ризиків і загроз для повзучої криміналізації, державного свавілля та атаки на права людини. Кримінальне право зустрічається з новими викликами, які вимагатимуть нових рішень.

133. Відмовитись від бланкетних кримінально-правових заборон, ймовірно, складно, та й можливо не варто. Проте виникнення діалектичної суперечності між потребою криміналізації значної кількості форм поведінки (у тому числі й у зв'язку із міжнародно-правовими зобов'язаннями України) і потребою у функціонуванні КК, який би дійсно мав якість *ultima ratio*, вочевидь, викликає до життя нові завдання перед сучасним кримінально-правовим регулюванням.

134. У межах «традиційного» моністичного підходу до визначення системи джерел кримінального права ця суперечність є неподоланною. Видається, пропозиція відмовитися від монізму у визначенні джерел не лише кримінального права (що в принципі вже достатньо визнано в теорії), а й кримінального законодавства, може стати одним з потенційних кроків у розв'язанні нагальних проблем національного кримінально-правового регулювання.

135. Кримінальний кодекс може об'єднувати у собі так звані «*Malum in se*» – посягання, які є найбільш небезпечними, протиправність та суспільна небезпека яких усвідомлена абсолютною більшістю суспільства і наявність заборон вчинення яких безспірна, бо вони становлять собою «абсолютне зло». «*Peccata contra naturam sunt gravissima*» – давній латинський вислів, що означає «злочини проти ества є найтяжчі». Інші ж посягання, які становлять собою так звані «*Malum prohibitum*» – діяння, «шкідливі внаслідок заборони» – можуть мати своє власне правове регулювання, тобто не міститися у тексті КК.

136. Реформи в українському кримінальному законодавстві. Ідеї реформування українського кримінального законодавства доволі активно дискутуються у національній правничій спільноті. До цих ідей відноситься, зокрема, Концепція реформування законодавства про публічні правопорушення в Україні, пропонована Львівським форумом кримінальної юстиції⁵⁵. Не менш значущою для розвитку реформаторського імпульсу стала і Концепція реформування кримінального законодавства, підготовлена робочою групою з питань розвитку кримінального права в складі Комісії з питань правової реформи, створеною Указом Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р., де у розділі «Засади реформування законодавства про відповідальність за правопорушення в публічній сфері» передбачено:

⁵⁵ Концепція реформування законодавства про публічні правопорушення в Україні. URL: <http://www.lfcj.com.ua/ua/концепція-форуму/>

137. «Кодифікації підлягає не лише кримінальне законодавство України, а й інші акти, які регламентують відповідальність за публічні правопорушення. Відтак передбачається розробка трьох кодифікованих актів:

- Кодексу України про відповідальність за порушення – в ньому будуть передбачені такі діяння, до відповідальності за які особа притягується в адміністративному порядку за невиконання чи неналежне виконання правил в певній сфері та полягатиме, як правило, у накладені штрафу безпосередньо під час виявлення порушення.
- Кодекс України про відповідальність за проступки – в якому будуть передбачені такі діяння, до відповідальності за які особа притягується виключно судом, але без виникнення стану судимості.
- Кодекс України про відповідальність за злочини (Кримінальний кодекс України)⁵⁶.

138. Втім, вірогідно, що під час роботи над проектом робоча група вирішила скорегувати дану концепцію, оскільки в контрольному тексті проекту кримінального кодексу станом на 18.01.2022 р. реалізована ідея кримінального правопорушення, яке має два види: злочин і проступок.

139. Очевидно, що дискусія про конфігурацію системи правових заходів, що реагують на правопорушення у публічній сфері, триватиме, але незалежно від того, який шлях реформування буде обраний, важливо підкреслити, що мірилом якості даних правових актів має бути її відповідність верховенству права та спрямованість на захист прав людини.

1.3.3. Зasadничі принципи архітекtonіки джерел кримінально-правової охорони

140. Зосередившись на епістемологічному припущенні про *поліджерельність* кримінально-правової охорони, необхідно з'ясувати ті засадничі принципи, на яких будується її архітекtonіка.

141. У спеціальній літературі, що присвячена питанням джерел права, традиційно актуальною залишається спроба аналізувати їх крізь «системну» оптику. Так, зокрема, фахівцями зазначається, що «...аналіз принципів, притаманних системі джерел права ... слід розпочати з першого, яким є *цілісність*, оскільки цей принцип передбачає дослідження джерел права як єдиного цілого, а не сукупності окремих джерел права. Другим принципом, притаманним системі джерел права, буде *структурність*, оскільки саме через структуру елементів, наділених родовими ознаками, розкривається склад видів джерел права. Відповідно третім принципом буде *підсистемність*, адже певні види джерел права одного роду утворюють

⁵⁶ Концепція реформування кримінального законодавства. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/concept>

свою підсистему, яка відповідає системному утворенню. І, нарешті, четвертим принципом стане *вплив на систему* зовнішніх історичних, політичних, економічних, організаційних, концептуально-правових та інших факторів»⁵⁷.

142. Транспонування подібного підходу у кримінально-правове поле демонструє його придатність до характеристики системи джерел кримінально-правової охорони. Такі джерела дійсно мають становити певну цілісність, можуть бути структуровані на певні підсистеми та зазнають впливу зовнішніх факторів, що обумовлює їх динамізм. Це обумовлено також своєрідним конструктивістським підходом щодо того, що справжній, повний зміст норми кримінального права дуже зрідка може бути оформлений, виражений назовні лише одним джерелом кримінально-правової охорони, навіть якщо це Кримінальний кодекс. У абсолютній більшості випадків дійсний зміст кримінально-правової норми може бути з'ясований лише завдяки аналізу комплексу джерел кримінально-правової охорони, які в результаті забезпечують цілісність такої охорони та мають певну структуру.

143. У кримінально-правовій літературі з питань засад побудови системи джерел кримінального права зазначається, що «...визнаючи таку властивість, як системність джерел права, ми хотіли б звернути увагу на принципи побудови відповідної системи стосовно кримінального права. Система джерел кримінального права повинна будуватись послідовно на підставі *предметного, ієрархічного, логічного та функціонального* принципів, зміст яких полягає у наступному. *Предметний* принцип відображає значимість галузевого предмету правового регулювання. В систему джерел кримінального права можуть включатися тільки ті явища, які містять норми, які регулюють суспільні відносини у відповідності із предметом правового регулювання кримінального права, тобто кримінально-правові норми. Відповідно до *ієрархічного* принципу джерела кримінального права повинні розташовуватися в системі у відповідності з їх юридичною силою, починаючи від тих, що мають більшу юридичну силу, до тих, що мають меншу юридичну силу. *Логічний* принцип передбачає, що джерела кримінального права в системі розташовуються за ступенем абстрактності норм, що у них містяться, починаючи від більш абстрактних, до менш абстрактних, казуїстичних. *Функціональний* принцип передбачає, що кожне джерело в силу свого специфічного змісту в системі здійснює певну функцію. Під функцією в даному випадку розуміють ті напрями, за якими в рамках кримінально-правового регулювання реалізують свої завдання відповідні джерела кримінального права. Такий підхід створює можливості для встановлення специфічних характеристик конкретного джерела кримінального права,

⁵⁷ Приходько В. Про систему джерел права. Підприємництво, господарство і право. 2007. № 9 С. 51–52.

його взаємозв'язку із іншими джерелами, визначення ролі даного джерела у кримінально-правовому регулюванні»⁵⁸.

144. Саме з урахуванням таких засадничих принципів і повинна вибудовуватися архітектоніка джерел кримінально-правової охорони.

1.3.4. Види джерел кримінально-правової охорони: доктринальний спектр

145. Огляд національних доктринальних дебатів з питань джерел кримінально-правової охорони. Доктринальні дебати, що точаться в Україні стосовно видів джерел кримінально-правової охорони (джерел кримінального права), заслуговують на огляд та аналіз з метою більш глибокого розуміння локального правничого світогляду та вбудованості його у глобальний правовий ландшафт.

146. Концептуальне узагальнення відповідних підходів провів М. Панов, зазначивши, що: «...у науці кримінального права простежуються такі підходи до визначення джерел кримінального права: перший (вузький) – визнання джерелом кримінального права лише закону про кримінальну відповідальність; другий (широкий) – визначення таким джерелом, крім законів, ще й інших юридичних актів, третій – веде до нівелювання (і навіть ігнорування) джерел кримінального права»⁵⁹. Як вже зазначалося, для цілей нашого посібника використовується концептуалізація, пов'язана з «широким» підходом.

147. В межах такого широкого підходу позиції вчених різняться. Так, П. Фріс виокремлює чотири види джерел: «джерелами кримінального права виступають: 1) Конституція України як концептуальна база всього законодавства України, в тому числі й кримінального законодавства. 2) Кримінальний кодекс України – основний систематизований законодавчий акт, який об'єднує сукупність кримінально-правових норм. 3) Укладені та ратифіковані Україною міжнародні договори, що містять кримінально-правові норми, які імплементовані у національне законодавство. 4) Рішення Конституційного Суду України у разі визнання ним неконституційності кримінально-правових законів»⁶⁰.

148. В. Грищук пише про вісім видів джерел: «...застосовуючи поняття «джерело кримінального права» в розумінні його як формально визначе-

⁵⁸ Бибик О. Н. Источники уголовного права Российской Федерации. СПб: Юридический центр Пресс, 2006. С. 45–47.

⁵⁹ Панов М. Джерела кримінального права: поняття, види, правове значення. Право України. 2017. № 6. С. 82.

⁶⁰ Фріс П. Л. Кримінальне право України. Загальна частина: Підручник для студентів вищих навчальних закладів. 2-ге видання, доповнене і перероблене. К.: Атіка, 2009. С. 6.

ного (письмового) нормативного акта, який містить у собі норми, що регулюють і охороняють кримінально-правові відносини, тобто визначають злочинність і караність діяння, засади кримінальної відповідальності, ідеологію кримінально-правової протидії злочинності, до джерел об'єктивного і суб'єктивного українського кримінального права можна віднести наступні джерела: 1) Закони України, прийняті всеукраїнським референдумом; 2) Конституція України; 3) міжнародні договори, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою; 4) рішення ЄСПЛ; 5) рішення Конституційного Суду України; 6) КК 1960 та 2001 років; 7) постанови Пленуму Верховного Суду України; 8) норми права інших галузей українського права. Множина названих джерел є фактором кримінально-правової реальності, вони утворюють кримінально-правове поле»⁶¹.

149. П. Берзін у виданні 2018 р. виділяє 12 видів джерел: «...систему джерел галузі сучасного кримінального права утворюють такі їх види: 1) Конституція України; 2) КК 2001 року та КК 1960 року; 3) Закон України «Про застосування амністії в Україні» та окремі (спеціальні) закони про амністію; 4) Кримінальний процесуальний кодекс України; 5) Кримінально-виконавчий кодекс України; 6) Кодекс України про адміністративні правопорушення; 7) «регулятивні закони» та підзаконні нормативно-правові акти; 8) міжнародні договори; 9) рішення Конституційного Суду України; 10) рішення Європейського суду з прав людини; 11) постанови Пленуму Верховного Суду України та Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних та кримінальних справ; 12) правова доктрина»⁶².

150. Класифікація джерел кримінально-правової охорони. Окремий інтерес становить питання *класифікації видів джерел кримінально-правової охорони*. Так, П. Берзін пропонує враховувати такі критерії (підстави, обставини), за якими розрізняються названі ним види джерел галузі сучасного кримінального права:

- 1) якої саме юридичної «форми» набувають кримінально-правові приписи, в якій «формі» вони виражаються: норм права (норм заборон і норм-дозволів), актів тлумачення (судового, автентичного, офіційного та іншого тлумачення, які не можуть створювати, змінювати та скасовувати норми права), актів застосування норм права, доктринальних роз'ясненнях;
- 2) яку юридичну силу мають зазначені види джерел галузі кримінального права:

⁶¹ Гришук В. К. *Поняття, предмет, методи, завдання, функції, система, джерела та принципи українського кримінального права: навчальний посібник*. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. С. 56.

⁶² Берзін П. С. *Кримінальне право України. Загальна частина: підручник: у 3-х томах. Т. 1.: Загальні засади*. Київ: ВД Дакор, 2018. С. 276.

- а) найвищу юридичну ситу Конституції України, підпорядкування Конституції України інших нормативно-правових актів, актів судового тлумачення і застосування норм права;
 - б) підпорядкування одних нормативно-правових актів іншим;
 - в) підпорядкування актів судового тлумачення та застосування норм права нормативно-правовим актам;
 - г) підпорядкування одних актів судового тлумачення та актів застосування норм права іншим;
- 3) в якому обсязі види джерел галузі кримінального права мають відповідати одне одному;
- 4) яке юридичне значення мають ці види джерел у галузі кримінального права: а) основні джерела, тобто в яких безпосередньо виражаються норми-заборони і норми-дозволи у галузі кримінального права, що стосуються суспільно небезпечної активності чи пасивності людей («кримінально-правової аномалії») і діянь, які не вважаються «кримінально-правовою аномалією»; б) джерела додаткові (субсидіарні), тобто які безпосередньо не містять кримінально-правових норм-заборон та норм-дозволів чи окремих «компонентів» таких норм, але мають певне кримінально-правове значення⁶³.

151. Щоправда, у наступному виданні підручника 2019 р. автор переглянув свій підхід до системи джерел кримінального права, виділивши дев'ять блоків джерел:

- 1) конституційне законодавство;
- 2) міжнародні договори;
- 3) кримінальне законодавство;
- 4) законодавство про адміністративні правопорушення;
- 5) акти «регулятивного законодавства»;
- 6) рішення КСУ;
- 7) рішення ЄСПЛ;
- 8) акти судових органів влади щодо тлумачення та застосування норм кримінального права, що містять правові позиції;
- 9) роз'яснення правової доктрини.

152. Ці блоки П. Берзін пропонує «поєднувати» за допомогою чотирьох типів взаємодії:

- 1) ієрархічного (базового);
- 2) бланкетного;

⁶³ Берзін П. С. Кримінальне право України. Загальна частина: підручник: у 3-х томах. Т. 1.: Загальні засади. Київ: ВД Дакор, 2018. С. 276–277.

- 3) функціонального;
- 4) розмежувального⁶⁴.

153. Такий підхід, напевно, є найбільш складним, однак, одночасно й найбільш пропрацьованим та детальним у кримінально-правовій доктрині України.

154. У навчальній літературі зустрічаються й інші класифікаційні системи джерел кримінально-правової охорони. Так, у своєму авторському підручнику О. Дудоров та М. Хавронюк відзначили наступне: загалом до форм кримінального права можна віднести усі види документів, з яких є можливість отримати інформацію про зміст норм кримінального права. Це:

- 1) нормативно-правові та деякі суміжні з ними акти:
 - закон про кримінальну відповідальність – основна форма кримінального права. Це КК України та закони, які вносять до нього зміни;
 - Конституція України та інші закони України, а також підзаконні акти, точніше їх окремі положення;
 - окремі рішення Конституційного Суду, якими положення того чи іншого кримінального закону визнано неконституційними або, навпаки, конституційними;
 - окремі положення чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою;
 - окремі загальновизнані принципи і норми міжнародного права (зокрема такі як принцип верховенства права, принцип справедливості, принцип пропорційності, принцип юридичної визначеності);
- 2) акти застосування (правореалізаційні) та акти тлумачення (інтерпретаційні):
 - окремі рішення ЄСПЛ та інших міжнародних судових установ, юрисдикція яких визнана Україною;
 - судова практика національних судів, у тому числі рішення Конституційного Суду щодо офіційного тлумачення Конституції і законів України та акти судового тлумачення судів загальної юрисдикції;
 - кримінально-правова доктрина⁶⁵.

155. Вартує уваги також уточнення, що акти застосування як джерела права носять не індивідуальний характер, а мають бути наділені ознаками

⁶⁴ Берзін П. С. Кримінальне право. Загальна частина: підручник: у 3-х томах. Т. 1 Загальні засади. 2-ге вид. випр. і доп. К.: ВП «Дакор», 2019. С. 333–337.

⁶⁵ Дудоров О. О. Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / За заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2014. С. 75–76.

нормативності (містити правові позиції). У цьому аспекті слушною видається думка П. Андрушка, який відзначив, що «...очевидно, правильніше (точніше) говорити про те, що джерелами кримінального права є не самі акти (документи), в яких викладені (містяться) обов'язкові для застосування кримінального закону правові позиції відповідних органів у вигляді нормативних (правових) приписів або правових позицій (ЄСПЛ, Конституційного Суду та Верховного Суду України), а відповідні правові позиції. Акти ж, у яких викладені (містяться) відповідні правові позиції, є документами – матеріальними носіями, на яких зафіксована інформація щодо правової оцінки (розуміння) відповідним органом певних обставин, правових феноменів»⁶⁶.

156. Що ж до енциклопедичних видань, то у Великій юридичній енциклопедії, поруч із підкресленням ролі КК, зазначено, що «...фундаментальним джерелом кримінального права є Конституція України від 28.06.1996 року (з подальшими змінами та доповненнями), адже усі галузеві норми мають відповідати положенням і приписам Основного Закону держави... Частково джерелом кримінального права є і норми міжнародного права. Відповідно до ст. 9 Конституції України чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України... Впливають на законотворення стосовно положень про кримінальну відповідальність і рішення Конституційного Суду України, оскільки він уповноважений вирішувати питання про відповідність Конституції України (конституційність) законів та інших правових актів Верховної Ради України... У викладеному переліку наведено джерела, які є основою або структурною частиною законодавства про кримінальну відповідальність. У теорії кримінального права останнім часом активізувався науковий пошук більш широкої моделі джерел кримінального права, але проблема залишається дискусійною, проте законодавчо така модель ще не закріплена»⁶⁷.

157. Основні та субсидіарні джерела кримінального права. Поділ джерел кримінального права на дві групи – *основні* та *субсидіарні* – є спробою знайти *компроміс між моністичним та плюралістичним підходом до джерел*.

158. Так, М. Панов зазначає, що *основні* (первинні) джерела кримінального права – це джерела, які мають установчий та визначальний харак-

⁶⁶ Андрушко П. П. Джерела кримінального права України: поняття, види. Адвокат. 2011. № 7(130). С. 17.

⁶⁷ Фесенко Є. В. Джерела кримінального права // Велика українська юридична енциклопедія: у 20-ти томах. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В. Я. Тацій, В. І. Борисов та ін. ; Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. 2017. С. 147–148.

тер, безпосередньо обумовлюють норми кримінального права, впливають на сутність і зміст його норм, лежать в основі визначення певних видів суспільно небезпечних діянь злочинними і караними, чи виступають єдиною можливою формою юридичного визначення чи закріплення (фіксування) у них кримінально-правових норм. *Субсидіарні* джерела (від лат. *subsudium* – допомога, підтримка) – це правові положення інших галузей права – їх норми, поняття, терміни, що включаються у кримінально-правові норми та застосовуються у кримінально-правовому регулюванні лише у зв'язку із формуванням і визначенням змісту (і форми) основних джерел кримінального права як додаткові до них⁶⁸. При цьому до основних джерел автор відносить: Конституцію України; рішення Конституційного Суду України про визнання неконституційними окремих норм кримінального права; міжнародно-правові договори України; закони України про кримінальну відповідальність.

159. Субсидіарні джерела кримінального права, – на його думку, – це нормативно-правові акти – закони та підзаконні акти (правила, положення, інструкції, устави тощо), що належать до сфери так званих регулятивних галузей права: цивільного, господарського, екологічного, трудового тощо, а в деяких випадках і до сфери публічних галузей: адміністративного, фінансового права. Крім того, це інтерпретаційні акти, які не створюють, не змінюють і не скасовують норм кримінального права. Вони самі по собі не встановлюють кримінально-правових заборон чи приписів, не здатні породжувати, змінювати чи скасовувати ці норми та відповідні кримінально-правові відносини. Тому дійсними носіями вказаних норм (і кримінального права загалом), – стверджує М. Панов, – є тільки їх основні (первинні) джерела. Що ж до правових позицій ЄСПЛ і ВСУ, то, – зазначає професор, – вони є формою (і засобом) конкретизації кримінально-правових норм, особливо у випадках, коли останні за обсягом узагальнення є надто широкими, є своєрідним «засобом» тлумачення закону, орієнтують судову практику на одноманітне й правильне застосування кримінального законодавства з урахуванням основоположних принципів кримінального права.

160. В результаті, не дивлячись на концептуальну спробу віднайти компроміс у підходах до джерел кримінального права, проф. М. Панов достатньо категорично підсумовує, що «...чіткі і повні уявлення про джерела кримінального права дають підстави зробити висновок, що їх змістом є норми кримінального права, які мають бути юридично визначені (закріплені) у нормативно-правовому акті на рівні закону про кримінальну відповідальність. Тому жодні інші правові акти (крім вказаних законів) не можуть містити норми кримінального права, оскільки не є джерелами цієї

⁶⁸ Панов М. Джерела кримінального права: поняття, види, правове значення. Право України. 2017. № 6. С. 82.

галузі права»⁶⁹. Таким чином, його мисленева спроба вирішити проблему фактичної поліджерельності кримінального права завершується проголошенням моністичного підходу.

161. З наведеними окремими аргументами цитованої роботи складно погодитись, адже частина названих субсидіарних джерел мають для правозастосовувача цілком обов'язковий, нормативний характер, і їх невикористання/незастосування тягтиме негативні наслідки як неправильне застосування кримінального закону.

162. Архітектоніка джерел. Таким чином, враховуючи висловлені у юридичній літературі позиції, висловлені міркування, пропонується таке розуміння архітектоніки джерел кримінально-правової охорони: *це динамічна система різноманітних, здатних бути застосованими для розв'язання кримінально-правового конфлікту, зовнішніх форм існування кримінально-правових норм.*

163. Об'єднує ці зовнішні форми у єдину систему їх зміст – норма кримінального права, яка знаходить свій вираз у відповідній сукупності джерел. Норми ж кримінального права об'єднуються за предметом кримінально-правової охорони чи регулювання. У межах виконання групою норм кримінального права визначених функцій чи завдань, система відповідних джерел, в яких формалізуються (виражаються назовні) ці норми, наділена властивостями ієрархії та певних логічних співвідношень: джерела кримінально-правової охорони розташовуються в системі у відповідності з їх юридичною силою, починаючи від тих, що мають більшу юридичну силу, до тих, що мають меншу юридичну силу та за ступенем абстрактності норм, що у них містяться, починаючи від більш абстрактних, до менш абстрактних, казуїстичних. При цьому спостерігається така закономірність – джерело більшої юридичної сили об'єктивує більш абстрактні приписи, застосувати які до конкретних правовідносин достатньо складно без звернення до джерел нижчої юридичної сили або іншого функціонального призначення, які, своєю чергою, формалізують приписи більш конкретні, деталізовані. Гармонійне поєднання відповідних приписів у системі джерел кримінально-правової охорони здатне забезпечити ефективне виконання кримінальним правом своїх завдань, а щодо джерел кримінально-правової охорони – засвідчуватиме їх власне гармонійне сполучення та несуперечливість, що відображається поняттям «архітектоніка».

1.3.5. Характеристика джерел кримінально-правової охорони

164. Конституція України. Розпочати характеристику окремих джерел кримінально-правової охорони варто з Конституції України, як джерела,

⁶⁹ Панов М. Джерела кримінального права: поняття, види, правове значення. Право України. 2017. № 6. С. 87.

яке містить приписи найвищої юридичної сили та найвищого ступеня абстракції. Конституція є джерелом кримінально-правового регулювання в силу принципу прямої дії її норм та становища, яке вона посідає в ієрархії правової системи.

Конституційні засади кримінального права є такими:⁷⁰

165. *Першою конституційною засадою кримінального права є ієрархічний характер міжгалузевих зв'язків норм конституційного та кримінального права. Норми конституційного права мають вищу юридичну силу та відіграють роль своєрідних першооснов, за допомогою яких будуються інші фундаментальні галузі права, у тому числі кримінальне право, визначається його функціональне призначення та орієнтири стратегічного розвитку. Враховуючи пріоритетну роль конституційних норм у регулюванні суспільних відносин, кримінальне право має формуватися на основі Конституції України та з урахуванням інших конституційних законів.*

166. *Другою конституційною засадою кримінального права є положення про те, що Конституція України належить до числа джерел кримінального права. Відповідно до ч. 1 ст. 3 КК України «Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загальновизнаних принципах і нормах міжнародного права».*

167. *Третьою конституційною засадою кримінального права є те, що ряд принципів кримінального права впливає з Конституції України. Наприклад, принцип рівності громадян перед законом закріплений у ст. 21, ч. 1, 2 ст. 24 Конституції України; принцип індивідуального характеру відповідальності – ч. 2 ст. 61; принцип винної відповідальності – ч. 1 ст. 62; принцип гуманізму – у ч. 1 ст. 3, ч. 2 ст. 28 тощо.*

168. *Проект нового КК містить пропозицію текстуально закріпити принципи кримінального кодексу. В теорії права є аргументи як за, так і проти подібного підходу, адже принципи КК залягають глибше, ніж норми⁷¹. Так чи інакше, осмислення архітектури принципів права і важливості відповідності принципів кримінального права конституційним засадам є дуже цінним.*

⁷⁰ *Марін О.* Конституційні засади кримінального права. Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи. Збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 116–126.

⁷¹ *Погребняк С. П.* Система принципів в проекті Кримінального кодексу. / Класифікація як проблема епістемології у кримінально-правових науках: матеріали наук. семінару, присвяченого 90-річчю від дня народження проф. Л. М. Кривоченко, м. Харків, 20 квітня 2021 р. / уклад.: Ю. А. Пономаренко, А. В. Горностай, О. В. Харитонова, І. А. Вишневська; за заг. редакцією проф. В. Я. Тація. Харків: Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, 2021.

169. *Четверта конституційна засада кримінального права* – значущість юриспруденції Конституційного Суду України у кримінально-правовому регулюванні. Важливість конституційної юриспруденції з питань кримінального права, що отримує розвиток в низці послідовних рішень, складно недооцінити. О. Денькович⁷², що досліджувала тлумачення кримінально-правових норм у рішеннях Конституційного Суду, стверджує, що Конституційний Суд України при цьому виступає як «негативний законодавець», виключаючи певні нормативно-правові приписи з кола джерел кримінально-правової охорони саме за ознакою їх здатності бути застосованими чи використаними для вирішення кримінально-правового конфлікту.

170. *П'ята конституційна засада кримінального права* – визначення у Конституції пріоритетів, захист яких є першочерговим завданням кримінального права. Так, у ст. 3 Конституції України наголошується на тому, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. У зв'язку з цим за вчинення протиправних посягань, спрямованих проти цих цінностей, передбачені досить суворі види покарання.

171. Окрім сказаного, варто наголосити також на специфічному взаємозв'язку норм кримінального та конституційного права – комплексних міжгалузевих інститутах, спрямованих на розв'язання кримінально-правових конфліктів. Зокрема, мова йде про самостійні міжгалузеві правові інститути амністії та помилування, які поєднують у собі норми різних галузей права, але передусім конституційного та кримінального. З одного боку, амністія та помилування є специфічними актами вищих органів державної влади, які належать до державно-правових актів і можуть розглядатися відповідною галуззю права, тобто конституційним правом. Зокрема, Конституцією України відзначається, що видання актів про амністію віднесено до компетенції Верховної Ради України: «Законом України оголошується амністія» (ч. 3 ст. 92). Помилування здійснює Президент України (п. 27 ч. 1 ст. 106). З іншого боку, амністія та помилування здійснюється у вигляді звільнення від кримінальної відповідальності (цей вид існував до 2012 р. і винятково у 2014 р.) та звільнення від покарання, що дозволяє характеризувати їх в кримінально-правовому аспекті. Слід зазначити також, що таким чином всі елементи подібних міжгалузевих інститутів варто визнати джерелами кримінально-правової охорони.

172. Міжнародно-правові акти. Відповідно до ч. 1 та ч. 5 ст. 3 КК України Кримінальний кодекс ґрунтується на загально визначених принципах і нормах міжнародного права, а закони України про кримінальну від-

⁷² *Денькович О. І.* Тлумачення кримінально-правових норм у рішеннях Конституційного Суду України / Автореферат дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2015. 19 с.

повідальність повинні відповідати положенням, що містяться в чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України.

173. Тобто, міжнародно-правові акти, які підписані та ратифіковані Україною, відповідно до положень ст. 9 Конституції України стають частиною національного законодавства. Крім того, маємо в Україні досвід ситуації, коли міжнародно-правовий акт, не будучи ратифікованим, вплинув на внесення змін у праворегулювання відповідно до вимог цього акту. Йдеться про прийнятий 6 грудня 2017 р. Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» без ратифікації відповідної конвенції. Хоча це скоріше виняток, ніж загальне правило.

174. Окрім цього, важливо звернути увагу питання регулювання відповідальності за вчинення так званих «*core crimes*» – особливо тяжких злочинів проти миру та безпеки людства. Характер цих злочинів, що посягають на найважливіші цінності міжнародного співтовариства, обумовлює зобов'язання всіх держав забезпечити їх переслідування на національному рівні, співпрацювати між собою та зі спеціалізованими міжнародними судовими установами. Дані зобов'язання передбачені як договірним міжнародним правом, так і загальним звичаєвим міжнародним правом, що поширюється на всі держави світу без винятку незалежно від їхньої участі в тому чи іншому конкретному міжнародному договорі. Відповідні норми належать до *jus cogens* (імперативних норм загального міжнародного права), а зобов'язання, що з них випливають, мають характер *erga omnes* (тобто перед усім міжнародним співтовариством в цілому).

175. Враховуючи положення Преамбули Конституції України про підтвердження європейської ідентичності Українського народу і незворотності європейського та євроатлантичного курсу України, дуже важливим є також значення *європейського кримінального права* у контексті джерел кримінально-правової охорони.

176. Кримінальне право ЄС. Кримінальне право ЄС виступає одним із видів регіонального транснаціонального кримінального права в матеріально-правовому та процесуальному сенсі⁷³. Дослідники відзначають неоднорідність кримінального права ЄС та виділяють такі його складові:

- 1) адміністративно-кримінальне право ЄС (заборони права ЄС і процесуальні правила, що за формально-правовими і політичними, але

⁷³ Пашковський М. І. Кримінальне право ЄС: від Паризької угоди до Лісабону. Міжнародне право. С. 69.

не сутнісними причинами, називаються «адміністративно-правовими», а не «кримінально-правовими»);

- 2) норми права ЄС, що стосуються кримінального права і процесу, які переважно вимагають від національних кримінально-правових систем здійснювати заходи певним чином;
- 3) кримінально-процесуальне право ЄС – система норм права ЄС, що визначає стандарти провадження у кримінальних справах та статус окремих його суб'єктів (тобто застосування кримінального чи кримінально-процесуального права на національному рівні), регламентує судове (процесуальне) співробітництво у кримінальних справах шляхом надання правової допомоги у розслідуванні або судовому розгляді кримінальних справ, виконання кримінально-процесуальних рішень;
- 4) проект норм єдиного європейського кримінального права (*Corpus Juris*)⁷⁴.

177. Підвалини кримінально-правового співробітництва та уніфікації законодавства держав-членів ЄС були закладені Маастрихтською угодою 1992 р. Згідно неї, держави здійснюють активне співробітництво у кримінально-правовій сфері, надають правову допомогу у кримінальних справах, вирішують питання екстрадиції та співробітництва оперативно-розшукових служб у процесі виконання своїх обов'язків. Положення про уніфікацію деяких кримінально-правових норм Маастрихтської угоди згодом відобразилися і у Амстердамських домовленостях 1997 р. Так, ст. 29–42 Договору про Євросоюз присвячені питанню міжнародного співробітництва у сфері охорони порядку та правосуддя у кримінальних справах, що означало продовження процесу уніфікації національного кримінального права. В подальшому, співробітництво держав у сфері кримінально-правового регулювання продовжувалось в питаннях вироблення спільної зовнішньої політики та політики безпеки, зокрема, питаннях співробітництва поліції та суду в кримінально-правовій сфері.

178. Протягом 2000–2004 рр. було прийнято низку документів, що свідчили про активні процеси такої уніфікації та вироблення спільної політики по запобіганню скоєння злочинів та боротьбі із злочинністю держав-членів ЄС. Тут можна виділити Конвенцію 2000 р. «Про взаємну правову допомогу у кримінальних справах між державами-членами ЄС», Хартію Європейського Союзу про основні права 2000 р., рамкові Конвенції «Про статус потерпілого у кримінальному процесі» 2001 р., «Про боротьбу із тероризмом» 2002 р., «Про створення Євроюста з метою посилення боротьби із тяжкою злочинністю» 2002 р., Рамкове рішення Ради ЄС «Про

⁷⁴ Пашковський М. І. Кримінальне право ЄС: від Паризької угоди до Лісабону. Міжнародне право. С. 70.

Європейський ордер на арешт і процедуру видачі осіб між державами-членами» 2003 р., Директиву Європарламенту та Ради ЄС «Про запобігання використанню фінансових систем з метою відмивання грошей та фінансування тероризму» 2005 р., тощо.

179. Результати вироблення спільної політики безпеки державами-членами ЄС можна ілюструються втіленням у дію Рамкового рішення Ради ЄС «Про Європейський ордер на арешт і процедуру видачі осіб між державами-членами». Дане рішення містить уніфіковані правила порядку видачі осіб, що оголошені в розшук та виявлені на території однієї із держав-членів ЄС або засуджені за вчинення злочину з метою виконання такого обвинувального вироку, що значно спростило питання екстрадиції між державами-членами Європейського Союзу. Рішення усунуло недоліки досить складної та заплутаної системи екстрадиції, коли питання вирішувалися роками і часто злочинці користувалися недоліками системи екстрадиції, заявляючи про неіснуючі насправді політичні мотиви у кримінальному переслідуванні їх з боку держави-члена ЄС⁷⁵.

180. Вироблення єдиних стандартів ЄС у механізмі кримінально-правового регулювання здійснюється у найбільш значущих для всього європейського співтовариства сферах. До них відносяться тероризм, торгівля людьми, дитяча порнографія та проституція, відмивання грошей та їх підробка, торгівля наркотичними засобами та прекурсорами, незаконна торгівля зброєю, вибуховими речовинами, боєприпасами, викрадення людей, питання заручників, злочини у сфері охорони навколишнього середовища, а також переслідування осіб, що вчинили такі тяжкі чи найбільш тяжкі злочини, як вбивство, розбій, підпал, зґвалтування, що потягло тяжкі наслідки тощо⁷⁶.

181. Європейським Союзом було здійснено спробу систематизації великого масиву нормативно-правових актів, що були ним прийняті за десятки років у сфері використання кримінально-правового механізму регулювання. Значущим є прийняття на цьому тлі Примірного кримінального кодексу ЄС (Resolution on criminal procedures in the European Union (Corpus Juris) OJ C 219, 30.07.1999), який здійснив спробу уніфікації норм європейського кримінального та кримінально-процесуального права. Даний кодекс був прийнятий у 1997 році та вступив у дію Резолюцією Європарламенту 1999 року. Він складається із двох частин, які присвячені матеріальному та процесуальному кримінальному праву відповідно. Кодекс наголошує на тому, що пріоритетними завданнями держав у боротьбі із злочинністю є реалізація параграфу 2 статті 29 Договору про Євросоюз щодо гармонізації національного законодавства відповід-

⁷⁵ Гончарук О. В. Передумови виникнення та перспективи розвитку європейського кримінального права. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2013. Випуск 115 (частина II). С. 67–68.

⁷⁶ Там само. С. 67–69.

но до вимог ЄС в контексті загальносвітової боротьби з найбільш тяжкими злочинами: тероризмом, наркотрафіком, торгівлею людьми, дитячою сексуальною експлуатацією, корупцією, відмиванням грошей та підркою грошових систем⁷⁷.

182. Певні зобов'язання кримінально-правового характеру накладає на Україну Угода про асоціацію з ЄС⁷⁸:

- а) стаття 3 Угоди зазначає, що сторони визнають, що принципи вільної ринкової економіки становлять основу для їхніх відносин, а верховенство права, належне врядування, боротьба з корупцією, боротьба з різними формами транснаціональної організованої злочинності й тероризмом, сприяння сталому розвитку і ефективній багатосторонності є головними принципами для посилення відносин між сторонами;
- б) стаття 20 Угоди присвячена боротьбі з легалізацією (відмиванням) коштів та фінансуванню тероризму – зобов'язує Україну імплементувати відповідні міжнародні стандарти та впроваджувати рекомендації FATF;
- в) стаття 22 Угоди стосується боротьби зі злочинністю та корупцією, торкається, зокрема, контрабанди товарів, економічних злочинів в цілому та злочинів у сфері оподаткування;
- г) значна частина Угоди про асоціацію присвячена праву інтелектуальної власності та заходам, спрямованим на його захист⁷⁹.

183. Набуття Україною 23 червня 2022 р. статусу кандидата на членство в ЄС надалі поглиблюватиме вплив кримінального права ЄС на національну кримінально-правову систему.

184. Практика ЄСПЛ. Разом з тим, що Європейська конвенція про захист прав людини та основоположних свобод є ратифікованим міжнародним договором України, а відповідно до ч. 3 ст. 31 Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 р. практика застосування договору є джерелом тлумачення цього договору, значуща роль юриспруденції ЄСПЛ потребує *акцентуації*, оскільки Конвенція, Протоколи до неї і практика Європейського суду з прав людини з тлумачення каталогу прав, гарантованих конвенцією, являють собою цілісний механізм, який утворює одну з *найбільш ефективних* у світі систем захисту прав людини. Цю провідну роль підкреслив і Закон України «Про виконання рішень та застосування

⁷⁷ Там само. С. 69

⁷⁸ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Ратифікована Законом України від 16.09.2014 року.

⁷⁹ *Oleksandr Marin, Iryna Sen. Liability for economic crimes under the criminal code of Ukraine in the context of eurointegration processes. Teka Kom. Praw. – OL PAN, t. XI, 2018, 251–263.*

практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 року, у ст. 17 якого було зазначено, що «суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права». Відповідному застосуванню підлягають як рішення Суду, ухвалені стосовно України, так і рішення, ухвалені стосовно інших держав. Застосуванню підлягає як практика Суду, де констатоване порушення Конвенції, так і справи, де констатовано відсутність порушень. Європейський суд орієнтується на встановлення мінімальних стандартів прав людини, яких повинні дотримуватися всі 47 держав Ради Європи – учасниць Конвенції. Принцип субсидіарності, на основі якого діє Суд, означає, що *основний тягар* по забезпеченню і захисту прав людини і дотриманню стандартів Конвенції *несуть національні суди*, і найближчим часом фундаментальна роль національних систем захисту прав людини лише зростатиме.

185. КК України. Неодноразово зазначалося, що базовим, таким, що містить та об'єктивує більшість норм кримінального права, є Кримінальний кодекс України 05.04.2001 р.

186. Окремі фахівці підкреслюють також, що закон про кримінальну відповідальність (або кримінальний закон) – це правове явище, яке охоплює собою не лише КК України 2001 року, а й:

- а) КК УРСР 1960 року;
- б) Закон України «Про застосування амністії в Україні» та окремі спеціальні закони про амністію;
- в) Закони України про внесення змін та доповнень до КК України.

187. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедури внесення змін» від 19 травня 2020 р. у ч. 6 ст. 3 КК України було встановлено, що «зміни до законодавства України про кримінальну відповідальність можуть вноситися виключно законами про внесення змін до кримінального кодексу та/або до кримінального процесуального законодавства України, та/або до законодавства України про адміністративні правопорушення». Автори законопроекту у пояснювальній записці підкреслювали важливість обґрунтованості змін до кримінального законодавства, наступності у його розвитку та забезпеченні віри у справедливість правосуддя.

188. Судова практика. Правова доктрина серед джерел кримінального права називає і судову практику в цілому, і постанови пленумів Верховного Суду України та Вищого спеціалізованого суду з розгляду цивільних та кримінальних справ, і рішення вищих судових інстанцій України (Верховного Суду України та Верховного Суду), які містять правові позиції тощо. З точки зору оптики формального підходу до джерел кримінально-правової охорони, прийнятого у даному підрозділі, таким джерелом є рішення вищих судових інстанцій України (Верховного Суду України та Верхов-

ного Суду), які містять правові позиції, обов'язкові для інших судів. Відповідно до ч. 5 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», «висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права».

Питання для самоконтролю

1. Що Ви розумієте під джерелами кримінально-правової охорони?
2. Чи є КК України єдиним джерелом кримінального права і чому?
3. Надайте власне розуміння архітектоніки джерел кримінально-правової охорони, наповніть конкретним змістом це розуміння.
4. Назвіть та охарактеризуйте конституційні засади кримінального права.
5. Яке місце міжнародно-правових актів у архітектоніці джерел кримінально-правової охорони?

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Андрушко П. П. Джерела кримінального права України: поняття, види. *Адвокат*. 2011. №7 (130). С. 13–22.
2. Берзін П. С. Кримінальне право. Загальна частина: підручник: у 3-х томах. Т. 1 Загальні засади. 2-ге вид. випр. і доп. К.: ВП «Дакор», 2019. 562 с.
3. Грищук В. К. Поняття, предмет, методи, завдання, функції, система, джерела та принципи українського кримінального права: навчальний посібник. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. 112 с.
4. Кузимбаєв О. С. Джерела кримінально-правового регулювання в Україні: Доктринальні аспекти. *Дисертація ... к.ю.н.*, 12.00.08 – кримінальне право та кримінологія; кримінально-виконавче право. Одеса: ОДУВС, 2017. 305 с.
5. Марін О. Конституційні засади кримінального права. *Кримінальна юстиція в Україні: виклики та перспективи в світлі конституційної реформи. Збірка тез першого Львівського форуму з кримінальної юстиції*. К.: ВАІТЕ, 2015. С. 116–126.
6. Марін О. Ще раз про зворотну дію кримінального закону у часі в аспекті опосередкованої криміналізації. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2018. Випуск 67. С. 205–212.
7. Марін О. Джерела кримінального права у контексті правової реформи в Україні. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні*.

ні: матеріали XXV звітної науково-практичної конференції (6-7 лютого 2020 р.). Ч. 2. Львів: Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2020. С. 137–139.

8. Панов М. Джерела кримінального права: поняття, види, правове значення. *Право України*. 2017. № 6. С. 80–89.
9. Пашковський М. І. Кримінальне право ЄС: від Паризької угоди до Лісабону / М. І. Пашковський // Альманах міжнародного права. – 2009. – Вип. 1. – С. 69–75. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/amp_2009_1_9
10. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони. Угоду ратифіковано із заявою Законом № 1678-VII від 16.09.2014. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text
11. Фесенко Є. В. Джерела кримінального права. *Велика українська юридична енциклопедія: у 20-ти томах*. Т. 17: Кримінальне право / редкол.: В. Я. Тацій, В. І. Борисов та ін. ; Національна академія правових наук України; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого. 2017. С. 147–148.

КЕЙСИ

1. Рішення Конституційного Суду України у справ за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 375 КК України від 11.06.2020 року № 7-2020.
2. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 3682 КК України від 26.02.2019 р. № 1-р/2019.
3. Рішення Конституційного Суду України у справі за поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотню дію кримінального закону в часі) від 19.04.2000 р. № 6-рп/2000 у справі № 1–3/2000 // Конституційний Суд України: Рішення. Висновки. 1997–2001 / відп. ред. канд. юрид. наук П. Б. Євграфов. Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 74–80.
4. Постанова Верховного Суду 24 травня 2018 року у справі № 418/968/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74309822>
5. Постанова Верховного Суду 04 грудня 2018 року у справі № 161/3885/16-к URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78628039>

6. Аналіз судової практики застосування зворотної дії закону про кримінальну відповідальність у часі. Верховний Суд України / Є. І. Ковтюк, Л. Ю. Трегуб, І. Б. Лавровська. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vvsu_2015_9_5.pdf

РОЗДІЛ 2 ЮРИСДИКЦІЙНІ ПОВНОВАЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В ЄВРОПІ

2.1. Чи існує концептуальна природа захисту прав людини інструментами кримінального права?

2.2. Втрачена державність

2.3. Війна суверенітетів. Справа TARICCO

2.4. У сутінках юрисдикцій. Диверсифікація

2.5. Універсальна юрисдикція та доцільність примусу

2.6. Національна юрисдикція та права людини

Цілі навчання. Цей розділ надає інформацію щодо юрисдикційних питань у кримінально-правовому аспекті та сучасних можливостей розвитку кримінального права на національному та міжнародному рівнях. Універсальна, міждержавна та національна юрисдикція розглядаються крізь призму загальних характеристик кримінального права та права прав людини. Після вивчення розділу студенти будуть в змозі розуміти методологію застосування кримінально-правових приписів, узгоджену з вимогами міжнародної системи захисту прав людини, зокрема, приписами європейських конвенційних механізмів.

2.1. Чи існує концептуальна природа захисту прав людини інструментами кримінального права?

Ознайомтесь, будь ласка, зі змістом рішення ПАРЄ щодо створення спеціального механізму правосуддя, подібного до тих, які створила Організація Об'єднаних Націй для Югославії та Руанди, щоб переслідувати осіб та їх поплічників, відповідальних за геноцид, військові злочини та інші жорстокості та серйозні порушення гуманітарних норм у війні в Україні.



Дослідіть контраргументи опонентів створення такого *ad hoc* трибуналу. Сформуйте і висловіть Вашу позицію щодо правових перспектив створення подібного механізму. Обговоріть потенційні ризики слабкості процесуальних можливостей створення штучної моделі трибуналу «ad hoc» за умов відсутності попередніх механізмів контролю над військовими операціями в Ірані, Афганістані, Сирії тощо. Зверніть увагу на проблеми використання моделі універсальної юрисдикції в різних країнах. Проаналізуйте колізійність поняття агресії в міжнародному праві та імунітети суб'єктів відповідальності за цей злочин і оцініть переваги створення окремого трибуналу «ad hoc» та комісії про реституцію та компенсацію жертвам злочинів РФ та Білорусі проти України.



189. Основні виклики, що стоять перед сучасним кримінальним правом. Більша частина цього підручника була написана до 24 лютого 2022 р., коли розпочалося широкомасштабне вторгнення РФ в Україну. Ця війна суттєво змінила не тільки систему світової оцінки, але й гасла та реалізацію принципів сучасного права сили як на національному, так і на міждержавному рівнях. «Ultima ratio regum» – таким був напис на французьких гарматах, які відливали за часів правління Людовика XIV. «Останній аргумент короля» – саме цю метафору використав для гарматної зброї всемогутній кардинал Рішельє. У сучасних умовах концепт «останнього аргументу» використовується в сенсі «останнього засобу» вирішення соціального конфлікту. Маріуполь та Сєверодонецьк, Буча, Ірпінь та Київ, Харків, Ізюм та Херсон, Миколаїв та Одеса, інші міста і селища України досталі відчували вагу цих аргументів... Проте віра у справедливість немінує. Право кари та помилування є фінальним аргументом держави чи міждержавної спільноти та її органів (Міжнародний кримінальний суд, трибунали *ad hoc*) у протидії злочинності, у тому числі й міжнародній.

190. Загальновідомо, що різні режими кримінально-правового впливу, попередження злочинності та суспільна інтеграція у їхньому динамічному взаємозв'язку дають можливість віднайти найбільш ефективні утилітарні практики обмеження злочинності. В цьому сенсі вкрай важливим є питання аналізу місця та ролі каральної сутності кримінального права у протидії злочинності на національному та міжнародному рівні, підтримці стабільності та правопорядку, забезпеченні законності у захисті прав людини. Йдеться про те, що у процесі аналізу кримінального права, його системи, цілей, принципів, структурних характеристик, характеристик окремих інститутів та норм, вирішуються *три основних питання*, пов'язані з розвитком панівної кримінально-правової парадигми:

191. Перше: чи необхідно суспільству та міжнародній спільноті кримінальне право у сучасному сенсі?

192. Друге: які цілі воно має переслідувати?

193. І, зрештою, третє: які типи поведінки мають бути криміналізовані, і як вирішуються питання щодо покарання винних?

194. Очевидно, що серед багатьох соціальних завдань, які стоять перед сучасними державами, одним з найбільш значущих є охорона прав, свобод та законних інтересів держав, соціальних спільнот, громадян та людей від злочинних посягань. Кримінальні закони є одними з механізмів забезпечення виконання даного завдання. Питання соціальної функції кримінального права у сучасних умовах набувають посиленого значення, адже згадана функція забезпечується найгострішою силою примусу і поєднує інтереси держави, громадянського суспільства та громадян у протидії злочинності. На жаль, як показала практика сучасності, на цьому шляху виникають окремі проблеми.

195. По-перше, руйнування нормативної усталеності кримінально-правових інститутів не є рисою виключно постмодерністської ідеології. Цьому передували зловживання владою, каральними та дисциплінарними практиками, корупція, дисфункція інститутів влади, глобальне нехтування легітимністю у значній частині країн світу. До того ж, безпековий концепт цілей розвитку ООН не повною мірою спрацьовує у транзитивних суспільствах Європи чи побудованих на іншій філософії суспільствах Африки та Латинської Америки. Конфлікт доцільності і законності виникає як у імперських симулякрах із загарбницькою ідеологією, так і у сучасних плюралістичних демократіях.

196. Так, Робоча група Єврокомісії проти російських еліт, довірених осіб та олігархів (REPO) задіяла широку багатосторонню координацію, щоб заблокувати або заморозити активи росіян та беларусів, які потрапили під санкції, пов'язані із участю та фінансуванням агресивної війни, на суму понад 30 мільярдів доларів США, заморозити або арештувати дорогоцінні товари осіб, які потрапили під санкції, і суттєво обмежити доступ олігархів до міжнародної фінансової системи. Члени REPO досягли цих успіхів завдяки тісній і широкій національній і міжнародній координації та співпраці⁸⁰. В той же час, особи, яким адресовані санкції, намагаються оспорювати їх, спираючись на аргументи про позасудову поразку у правах і обмеження права власності⁸¹.

197. Очевидно, що захист особистості та власності, фізичних та юридичних осіб, соціальних спільнот, держави, громадянських свобод, забезпечення нормопорядку та сталого розвитку суспільства у тому чи іншому вигляді присутні в ідеології формування будь-якого кримінально-правового акту та акту примусового реагування державної чи міждержавної влади. Разом з тим, існують протиріччя між потребою держави у безпеці, доцільністю застосування примусових заходів та зловживанням владою і міжнародно визнаними стандартами прав людини. Нині нерідко кримінально-правове регулювання в питанні державної легітимації певних заборон замінюється поширенням дисциплінарних практик та зловживань владою, оскільки відсутність права на оскарження, права на юридичну допомогу тощо у більшості дисциплінарних проваджень дають широкі можливості для зловживання правом, у той час як кримінально-правовий захист основоположних прав і свобод обмежує перспективи зловживань.

⁸⁰ Russian Elites, Proxies, and Oligarchs Task Force Joint Statement URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_4232

⁸¹ DERIPASKA v. UNITED STATES DEPARTMENT OF THE TREASURY et al, No. 1:2019cv00727 - Document 44 (D.D.C. 2021). URL: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/district-of-columbia/dcdce/1:2019cv00727/205241/44/> ; Decision on lifting EU sanctions against Alisher Usmanov and sisters expected soon. URL: <https://www.theguardian.com/business/2022/jun/08/eu-sanctions-alisher-usmanov-sisters-could-be-lifted-ecj-putin>

198. Ця проблема не носить виключно національний характер. Існує широкий пласт критики практики застосування так званих «кримадмістративних» санкцій (кримінальних за природою, адміністративних по сутності) у багатьох публікаціях наукової спільноти⁸². Відоме також і знакове рішення Європейського суду справедливості (справа Аклагарен від 26.02.2013 р.), яким Суд встановив, що ефективність кримінальної політики при конкуренції визначення адміністративних та кримінальних санкцій у національному законодавстві залежить від прерогативи національного судді використовувати в національному судочинстві для визначення сутності кримінального правопорушення критеріїв Енгеля Європейського суду з прав людини⁸³. Тобто, у випадках конкуренції парадигм, при відсутності суттєвих порушень прав людини, інтерпретаційні повноваження передаються національним юрисдикціям (при визнанні субсидіарності міждержавних інституційних механізмів⁸⁴).

199. Так, Лісабонський договір у ст. 83(1) проголошує, що Європейський Парламент та Рада можуть, шляхом директиви, прийнятої відповідно до звичайної законодавчої процедури, встановити мінімальні правила щодо визначення кримінальних правопорушень та санкцій в області особливо тяжких злочинів з транскордонними характеристиками, що виникають внаслідок характеру чи наслідків таких правопорушень або особливої потреби в боротьбі з ними на загальних засадах. Ці сфери злочинності є наступними: тероризм, торгівля людьми та сексуальна експлуатація жінок та дітей, незаконний обіг наркотиків, незаконний обіг зброї, торгівля людьми, відмивання грошей, корупція, підробка засобів оплати, комп'ютерна злочинність та організована злочинність. Як бачимо, дисциплінарні практики, пов'язані з кримінальним правом у вигляді узгодження санкцій за особливо тяжкі злочини, розповсюджуються серед усієї системи норм публічного права⁸⁵. Це і є центральним дискурсом (моделлю) пеналізації відносин

⁸² *Salvatore Providenti*. Administrative and criminal sanctions and ne bis in idem: how to reconcile the views of the CJEU, the ECHR and of national Constitutional Courts? URL: <http://www.ebi-europa.eu/wp-content/uploads/2016/12/Providentibologna17.pdf>; Andreas Kangur, Alexander Lott and Anneli Soo. Are EU Administrative Penalties Reshaping the Estonian System of Sanctions? EUCRIM-2020-009 URL: https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2020-02.pdf#page=76

⁸³ *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*. ICJ Case C-617/10. 23 February 2013. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0617>

⁸⁴ Туляков В. О. Обмежувальні засоби в проекті КК України в контексті доцільності санкцій. Проект Кримінального кодексу України у фокусі академічної думки : матеріали вебінару (м. Харків, 21 січ. 2021 р.) Харків : Право, 2021. С. 35–37.

⁸⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Delivering an area of freedom, security and justice for Europe's citizens // Action Plan implementing the Stockholm Programme. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=COM:2010:0171:FIN>

на різних рівнях взаємодії. Окрім того, доцільність арешту російських та білоруських активів осіб, пов'язаних із підготовкою, плануванням та веденням агресивної війни проти України, вимагає й більш рішучих дій, які не завжди відповідають загальному концепту узгодження примусу із природними правами людини.

200. 25.05.2022 р. Європейська комісія ухвалила рішення щодо обов'язковості криміналізації поведінки з фінансовими санкціями для усіх країн-членів ЄС⁸⁶. Сьогодні Єврокомісія пропонує додати порушення обмежувальних заходів ЄС до списку злочинів ЄС. Комісія також адвокує нові посилені правила щодо повернення та конфіскації активів, які також сприятимуть реалізації обмежувальних заходів ЄС. Поки російська агресія проти України триває, надзвичайно важливо, щоб обмежувальні заходи ЄС були впроваджені і працювали в повному обсязі. Нинішні пропозиції спрямовані на те, щоб активи фізичних та юридичних осіб, які порушили обмежувальні заходи, могли бути ефективно конфісковані в майбутньому. Пропозиції надходять в рамках діяльності робочої групи «Заморозити та конфіскувати», створеної Комісією в березні 2022 р. Перетворення порушення обмежувальних заходів ЄС у злочин ЄС дозволить встановити загальний базовий стандарт щодо кримінальних злочинів і покарань у всьому ЄС. У свою чергу, такі спільні правила ЄС полегшать розслідування, переслідування та покарання за порушення обмежувальних заходів у всіх державах-членах.

201. Порушення обмежувальних заходів відповідає критеріям, викладеним у статті 83(1) Договору про функціонування Європейського Союзу, оскільки це злочин у більшості держав-членів. Це також особливо серйозний злочин, оскільки він може увічнити загрози міжнародному миру та безпеці та має чіткий транскордонний контекст, який вимагає єдиної відповіді на рівні ЄС та глобальному рівні. Разом з цією пропозицією Комісія також визначає, як може виглядати майбутня Директива щодо кримінальних санкцій. Потенційні кримінальні правопорушення можуть включати: участь у діях або діяльності, які мають на меті прямо чи опосередковано обійти обмежувальні заходи, зокрема шляхом приховування активів; нездатність заморозити кошти, що належать, утримуються або контролюються визначеною особою/організацією; або участь у торгівлі, наприклад імпорту або експорту товарів, на які поширюється торгова заборона.

202. Окрім того, Комісія висуває пропозицію щодо Директиви про повернення та конфіскацію активів. Основна мета полягає в тому, щоб злочини не приносили результатів, позбавляючи злочинців їх незаконно здобутих

⁸⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and The Council on the Fourth Progress Report on the implementation of the EU Security Union Strategy COM/2022/252 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2022:252:FIN>

доходів і обмежуючи їх здатність вчиняти подальші злочини. Запропоновані правила також стосуватимуться порушення обмежувальних заходів, забезпечуючи ефективне відстеження, заморожування, управління та конфіскацію доходів, отриманих від порушення обмежувальних заходів. Пропозиція модернізує правила повернення активів ЄС, серед іншого, шляхом:

- розширення повноважень офісів з повернення активів для швидкого відстеження та ідентифікації активів фізичних та юридичних осіб, які підпадають під обмежувальні заходи ЄС. Ці повноваження також застосовуватимуться до злочинних активів, у тому числі шляхом термінового заморожування майна, коли існує ризик того, що активи можуть зникнути
- розширення можливостей для конфіскації активів від більш широкого кола злочинів, включаючи порушення обмежувальних заходів ЄС, після ухвалення пропозиції Комісії щодо розширення списку злочинів ЄС
- створення офісів з управління активами в усіх державах-членах ЄС, щоб гарантувати, що заморожене майно не втрачає цінності, дозволяючи продавати заморожені активи, які можуть легко знецінитися або є дорогими в обслуговуванні⁸⁷.

203. Розмивання концептуальних меж кримінального права. Це означає, передусім, що дисциплінарні та адміністративні практики розчиняють у собі кримінальні правопорушення та покарання. Наразі стало модним звертати увагу на трудо-правову відповідальність, де штрафи у декілька разів перевищують аналогічні у кримінальних справах; окрім того, є ще й адміністративна, адміністративно-фінансова, кримінально-процесуальна, суто дисциплінарна, державно-суспільна, суспільно-державна, міжнародна відповідальність, – називаючись по-іншому, ці види відповідальності по суті за усіма критеріями відповідають принципам визначення кримінальної відповідальності, встановленим практикою ЄСПЛ щодо тлумачення положень п. 2 ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (див. справа «Енгель та інші проти Нідерландів»⁸⁸).

204. Отже, кримінальне право – це інструмент захисту суверенітету та безпеки прав і свобод людини, що виступає основним знаряддям, що символізує правове, моральне та соціальне ставлення людей, суспільства та держави до оборони від різних загроз та криміногенних факторів.

⁸⁷ Ukraine: The Commission proposes rules on freezing and confiscating assets of oligarchs violating restrictive measures and of criminals. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_22_3264

⁸⁸ Engel and Others v. The Netherlands, App nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, ECtHR, 8 June 1976. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57478>

205. Розробка нового кримінального законодавства України за умов використання сучасних європейських наративів та дискурсів розвитку суспільного розуміння значущості кримінально-правового впливу має довести, наскільки глобальні та регіональні протиріччя, дисбаланси та конфлікти вплинули на верховенство права, і як безпека людей повинна бути захищена загалом на Європейському континенті⁸⁹.

206. Деїфікація нормативистського підходу (віра в норму як універсальний регулятор) зумовлювала протиріччя між сутністю громадського права на безпеку та безпековими очікуваннями можновладців. Сучасна методологія метамодерну передбачає синергію окремих складових певного явища, взаємодію та перехід властивостей одна в одну⁹⁰. Звідси переваги кримінально-правового регулювання у балансі легітимації заборони змінюються поширенням дисциплінарних практик та зловживань владою, чому кореспондує доцільність протиправної поведінки. Тенденція до розростання дисциплінарної матриці, втрати кримінальним правом нормативної усталеності, диверсифікації його джерел, розмивання характеристик кримінальної відповідальності серед дисциплінарних практик стає повсюдним явищем.

207. З цієї причини в сучасних соціал-демократичних суспільствах система кримінального правосуддя відображує контроль девіацій у максимально допустимий бюджетом спосіб. Концепція досить проста: кримінальне правосуддя демонструє перехід від абсолютного таліону до різноманітної системи дисциплінарних практик, яка по суті лише частково заснована на приматі прав людини⁹¹.

208. Ідеологія захисту основних людських цінностей додає юридичній рівності риси доцільності. Суспільство-в'язниця, розпиляючи владу між різними суб'єктами, поширює дисциплінарні практики застосування сили та примусу, які не обмежені процедурами судового захисту. Для попередження цього у практиці ЄСПЛ сформована автономна концепція кримінального правопорушення, яка поширюється на більшість випадків застосування публічно-правового примусу з боку держави (відповідно до критеріїв Енгеля, Суд кваліфікує правопорушення як кримінальне, враховуючи оцінку внутрішнього законодавства, аналізуючи природу правопорушення та ступінь суворості покарання, якого може зазнати відповідна особа (вже згадана вище справа «Енгель та інші проти Нідерландів»)⁹². Виникає також і моральний ліміт адекватності кримінально-правової забо-

⁸⁹ Новий Кримінальний кодекс України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/>

⁹⁰ Метамодерн – новий спосіб смотреть на мир. URL: <https://newtonew.com/culture/wow-metamodern>

⁹¹ Шевчук С. Судовий захист прав людини: практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. Київ : Реферат, 2006. 848 с.

⁹² Engel and Others v. The Netherlands, App nos. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, ECtHR, 8 June 1976. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57478>

рони, тобто ідея, як і наскільки характеристики окремих кримінально-правових норм та інститутів інтерпретуються суспільством у кримінально-правовій доктрині, наскільки сама доктрина та діюче законодавство відповідають ступеню розвитку суспільства та його морально-психологічному стану. Саме суспільне розуміння злочину та злочинного є певною передтечею криміналізації чи прихованої декриміналізації діяння, оскільки частота розповсюдженості правопорушення та його моральна дозволеність для пересічних громадян роблять (не)ефективною будь-яку кримінальну заборону. Мова може йти про розповсюдженість злочинної поведінки як такої, що толерується більшістю суспільства та веде до повного колапсу інститутів влади та громадянського суспільства.

209. Таким чином, розмивання кримінально-правових сенсів у державних (квазі-кримінальна відповідальність) та державно-суспільних дисциплінарних практиках (люстрація, самосуди, віджилантизм⁹³), кореспондує аномії та правовому нігілізму пересічного населення.

210. **Зміст та структура сучасного кримінального права і його вплив на соціальні відносини.** У вищезазначеному контексті система кримінально-правових «заборон» є насправді системою дозволів для застосування правоохоронними органами відповідних заходів державного примусу за діяння, передбачені кримінальним законом. Тобто, *кримінальний кодекс може бути визначений як встановлена державою нормативно визначена система дозволів та умов застосування публічної кари за поведінку, передбачену у ньому.*

211. Зміст кримінального права також частково може бути вираженим у сукупності прав та обов'язків представників держави карати суб'єктів злочину за вчинення діянь, передбачених у законі. *Норма кримінального закону – це мовний та соціальний конструкт⁹⁴, який створюється людьми і заснований на політично цілеспрямованій системі релігійних, культурних та історичних цінностей.*

212. Традиційна орієнтація на зовнішню, суто догматичну сторону кримінально-правового реагування, не надає можливості розуміння сутності явищ, що криміналізуються. Свавільні політичні міркування, політика «скаженого принтеру», керованість принципом доцільності ведуть до відсутності наукових підстав криміналізації у діяльності органу законодавчої влади. Саме про це попереджали автори відомої монографії, де аналізувалася законодавча кримінальна політика Верховної Ради України⁹⁵.

⁹³ «Віджилантизм» – суспільний рух та ідеологія общинної самооборони.

⁹⁴ *Гилинский Я. И.* Социальный контроль над преступностью: понятие, российская реальность, перспективы. URL: <http://www.iaaj.net/node/1702>

⁹⁵ Законодавча реалізація кримінально-правової політики: аналіз законопроектної діяльності Верховної Ради України V скликання з питань кримінального права / Віктор Дмитрович Швець, Василь Миколайович Грицак, Ярослав Іванович Василькевич, Віталій Олександрович Гацелюк; Вступ. слово М. І. Мельник. Київ: Атіка, 2008. 243 с.

Результатом подібних підходів стає ситуація надмірної криміналізації, коли майже кожен суб'єкт законодавчої ініціативи послідовно рекомендує розширювати чинний КК України. Проте, розширення підстав кримінально-правової заборони і подальша деталізація окремих складів Особливої частини, а також конструювання принципово нових складів і розділів Особливої частини КК повинні сприйматися вкрай обережно.

213. Введення сукупності якісно нових кримінально-правових заборон, що базується на формально-логічному аналізі системи суспільних відносин, політичній чи міжнародній доцільності, не завжди однозначно сприймається суспільством. До того ж, диверсифікація норм Особливої частини, зміни в їх інтерпретації цілком здатні паралізувати діючу систему досудового слідства, додатково сприяючи посиленню криміногенності суспільних відносин.

214. Комунікативна функція кримінального права полягає у регуляції дуалізму певних правових моделей бажаної поведінки: з одного боку – законодавця, з іншого боку – відносно самостійних від писаного кримінального закону відповідних правил діяльності індивіда (соціальної спільноти). *Забороняється те, що розуміється, сприймається та інтеріорізується як заборонене, – в іншому випадку це небажана, але у певних випадках допустима поведінка (т. зв. «право на злочин»).*

215. Загалом право на правопорушення є формою реалізації природних прав людини на досягнення добробуту та щастя проти незаконної легітимації суспільних відносин (право на повстання, право на протидію неправим законам, право на протидію тиранії). До того ж, комунікаційне суспільство сьогодення засноване на концепті *Societas Librum*, що ставить на перші місця необмежену свободу розвитку та комунікації поруч з прагненням щастя.

216. Свобода комунікації є свобода поведінки; свобода поведінки викликає до життя свободу власної легітимації правопорушення. Звідси і *концепт кримінального правопорушення стає все більш неконкретним, а примат дисциплінарної влади стає виконавчою ідеологемою (як і, наприклад, принцип невідворотності селективного (вибірково призначеного) покарання).*

217. Принцип рівності кримінально-правового впливу замінюється виправлювальною дискримінацією, яка заснована на гуманізації кримінального впливу на окремі верстви населення та політичній доцільності застосування жорсткості кримінального закону щодо інших. Окремий ризик – глобалізація сенсів та моделей протидії злочинності все більше залежить від суб'єктних оцінок влади та розповсюдження постправди у соціальних мережах та інших комунікаційних ресурсах.

218. Відповідно, у сучасній правовій атмосфері панування доцільного над законним матеріальне кримінальне право стає здебільшого інформа-

ційним конструктом, із вкрапленнями нормативного сенсу легітимності та справедливості кримінально-правового регулювання.

219. Закон, написаний для правоохоронців, у суспільстві, де нормою є зловживання владою та правом, не спрацьовує, а точніше – стає неправовим законом. Єдиний можливий шлях виправлення ситуації – обмеження юрисдикційних повноважень суверена.

Ознайомтесь з цитатою із Преамбули до Загальної декларації прав людини:

«...необхідно, щоб права людини охоронялися владою закону в цілях забезпечення того, щоб людина не була змушена вдаватися як до останнього засобу до повстання проти тиранії і гноблення...»

Чи відповідає повстання як крайній спосіб ефективного захисту прав людини положенням Конституції України та Кримінального кодексу України?



2.2. Втрачена державність

220. Транскордонні тенденції розвитку кримінального права. Сучасне кримінальне право розглядається як необхідний інструмент забезпечення суспільної і національної безпеки, гарант суспільного спокою, що специфічними засобами регулює антисоціальну активність суб'єктів злочину. Причому здебільшого воно базується на сукупності деідеологізованих ідей, втілених у відповідній культурним традиціям кодифікації. Такі ідеї виходять із констатації відповідності кримінального права моральним уявленням про добро і зло, справедливість і рівність, спорідненої із презумпцією адекватного усвідомлення кримінально-правової заборони громадянами. Реалізація охоронних та профілактичних кримінально-правових відносин викликає необхідність диференціації обсягу державного примусу залежно від характеристик суб'єктів такого впливу (особи, соціальні спільноти, держава), відповідності ступеня впливу характеристикам особи винного; її кримінальності; ступеню тяжкості вчиненого злочину; потребам потерпілого, третіх осіб, держави, міжнародної спільноти.

221. При цьому центральним питанням є встановлення ідеалів соціальної справедливості у процесі реалізації кримінальної відповідальності.

222. З розвитком права прав людини у компаративному аспекті пізнання кримінально-правових норм виявляються закономірності, схожі та відмінні риси питань правового забезпечення прав людини, динамічність їх змістовної еволюції. Теорії, концепції, доктрини в сфері стандартів прав людини знаходять нормативне втілення, робота над удосконаленням правового захисту прав осіб від злочинних посягань продовжується, а отже

дослідження цієї сфери є актуальними та нагальними, оскільки сприяють покращенню якості знань інтересантів у сфері дотримання прав людини в сфері кримінальної юстиції.

223. Дуалізм режимів правової комунікації та розвитку (подвійність систем управління та взаємодії системи «право/неправо» у кримінально-правовому сенсі) веде до того, що ліміти кримінальної заборони, які, згідно теорії, визначаються векторами кримінальної політики держави, здебільшого виявляються, розвиваються, генеруються задля використання механізмів комунікації для задоволення потреб населення у власній безпеці будь-якими можливими або підтримуваними (зараження, наслідування, конформізм) способами.

224. Відомо, що на обсяг державного примусу у галузі кримінально-правових відносин впливають інтеграційні процеси, пов'язані із формуванням світових чи регіональних систем колективного захисту та глобалізаційними явищами. Поруч з цим розвиток права прав людини як міжнародно-визнаної системи знань про фундаментальні та природні права та основні свободи людини веде не тільки до уніфікації систем захисту від свавілля та зловживання владою, але й до певного обмеження права держави карати.

225. Характеристики кримінальних правопорушень, викликані процесами глобалізації і транскордонними міграційними потоками злочинності, повинні зрівнюватися з характеристиками та нормативним визначенням злочинів на рівні міждержавних угруповань, співдружності окремих держав. Це залежить від окремих соціокультурних, етнополітичних, економіко-географічних та інших процесів.

226. Потреба у гармонізації та процеси фрагментації у кримінальному праві. Потрібним є формування єдиного підходу до правил кваліфікації злочинів транснаціонального характеру на фундаменті права прав людини (незаконний обіг наркотиків, зброї, людських ресурсів, природних ресурсів, предметів історичної спадщини, відмивання доходів, одержаних злочинним шляхом, комп'ютерні злочини).

227. Так, Рада Європи прийняла значну кількість міжнародних документів, спрямованих на криміналізацію окремих злочинів та процесуальні аспекти протидії їм⁹⁶. Проте питання гармонізації національних правових систем та апроксимації міжнародних нормативних актів вирішуються недостатньо ефективно чи не вирішуються загалом. Навіть остаточне завершення процесу приєднання до європейської системи протидії злочинності, підписання, ратифікація, приєднання, визнання міжнародних договорів не завжди є гарантією підтримки новацій. До того ж, згідно з останніми тен-

⁹⁶ Complete list of the Council of Europe's treaties. URL: <https://www.coe.int/ru/web/conventions/full-list>

денціями, держави Європейського Союзу прагнуть досягти лише базового рівня гармонізації у частині криміналізації транскордонних злочинів та підтримки взаємного визнання судових рішень.

228. Окрім того, вартий уваги також вплив транснаціональних норм корпоративної поведінки недержавних акторів (*lex mercatorum, lex medici, lex sportive*) на динаміку криміналізації у національних юрисдикціях. Транскордонний характер дій МВФ, ВООЗ, ФІФА, що забезпечують системний вплив означених норм на законодавство окремих держав, не потребує доказів. Відомі також і випадки безпідставного обмеження прав клієнтів соціальних мереж. Все це свідчить про підсилення впливу недержавних акторів на кримінально-правові системи.

229. Саме тому процеси інтерпретації кримінальних заборон згідно з вимогами транснаціональних структур потребують кримінологічного аналізу з точки зору відповідності останніх юрисдикційним процесам та суверенітету держав. Інакше, примат міждержавних наративів веде до послаблення державного примусу, а кримінальне право розчиняється в процесах транзиції та обмежень суверенітета національних політико-юридичних форм.

230. На противагу даному тренду, у царині кримінального права все частіше виникає процес фрагментації, коли примат віддається саме національним, а не міждержавним стандартам.

Регламент FIFA по охороні правопорядку та забезпеченню безпеки стадіонів у ст. 15 встановлює, що стюарди стадіонів мають право на зупинку та затримання громадян.

Чи відповідає це положенням Конвенції РЄ щодо єдиного підходу до безпеки спортивних заходів?

При рішенні кейсу доцільне використання матеріалів справи «S., V. and A. v. Denmark», ЄСПЛ.



2.3. Війна суверенітетів. Справа TARICCO

231. **Суперечності у регулюванні питань захисту прав людини кримінально-правовими засобами на національному та наднаціональному рівні.** Від законів таліона до демократичної системи управління аксіомою було твердження, що тільки держава має право карати свого громадянина. Зважаючи на традиційне для конституціоналістів розуміння питань примата міжнародних договорів у порівнянні з національним законом, кримі-

нальний закон має певний ступінь захищеності: як правило, конвенційні норми, чи право прав людини застосовуються у кримінально-правовому сенсі лише тоді, коли стають частиною національного законодавства, будучи імплементованими чи апроксимованими у національний кримінальний закон. Окрім того, як вже позначалося, європейські держави прагнуть досягнути базового рівня гармонізації та апроксимації законодавства лише у частині криміналізації транскордонних злочинів та підтримки взаємного визнання судових рішень. Причин такого ставлення декілька.

232. Професор Маті Ютсен стверджує, що, по-перше, ми зіштовхуємося з неможливістю отримання нової якості дефініцій злочинів на транснаціональному рівні, оскільки національні правові системи різняться одна від одної⁹⁷.

233. Відсутність єдиного конституційного акту на рівні міждержавної спільноти не дає можливості формування кримінального права *sui generis*, оскільки саме невирішення питань організації влади не дає можливості для вибору адекватних засобів її захисту. Питання ж поширення стандартів Європейської конвенції з прав людини носять надюрисдикційний характер.

234. По-друге, аргументи щодо забезпечення єдиного рівня правосуддя шляхом створення єдиної системи кримінальних та кримінально-процесуальних норм, єдиної європейської правової культури також не витримують критики. Справа у тому, що ставлення населення та правозастосовувачів до права різняться не тільки у кордонах окремих держав, але й у конкретних комунах та громадах, що завідомо не надасть планованого ефекту процесу апроксимації.

235. По-третє, аргументи щодо ідеологічного значення піднесення питань протидії злочинності до міжнародного рівня також носять невиважений характер, оскільки більшість «ядрових» злочинів (*core crimes*) вже давно криміналізовано.

236. Застосування єдиної системи санкцій також не має свого сенсу, оскільки застосування покарань залежить від правової культури та характеристики законодавства суб'єктів, наприклад, федерації, де питання покарання залежать від стану та традицій суспільного розвитку регіонів. Доказів же орієнтування злочинців на скоєння злочинів у країнах із низьким рівнем жорсткості санкцій не існує.

237. У цьому сенсі вкрай важливим має бути питання вирішення адекватного розуміння кримінально-правової заборони як необхідного для політичного істеблїшменту інструменту забезпечення суспільної і національної безпеки, гаранту суспільного спокою, підкріпленого примусовою

⁹⁷ *Matti Joutsen*. The role of the victim of crime in European criminal justice systems : a crossnational study of the role of the victim. Helsinki : Helsinki Institute for Crime Prevention and Control affiliated with the United Nations, 1987. 368 p.

силою держави-регулятора антисоціальної активності громадян у конкретних просторово-часових та історичних межах. Саме обмеженість кримінальної заборони просторовими рамками не надає можливості забезпечення ефективності процесу апроксимації та гармонізації національного кримінального законодавства та утворення штучного супранационального кримінального права.

238. Ліміт кари пов'язано саме із станом розвитку політичної та правової ідеології у державі, ступенем дозволу застосування кари як з боку держави, так і мовчазним дозволом суспільства на застосування примусу відносно окремих його членів.

239. Причому кримінально-правовий примус (покарання та інші заходи кримінально-правового впливу) та кримінально-правовий компроміс (примирення, реституція та компенсація), знаходячись у формальній суперечності, забезпечують ефективне обмеження каральної влади держави. Що ж стосується наднаціональних структур, то можливе вирішення питань союзної кооперації у кримінальних справах (Європейський ордер на арешт, тощо) не надає стимулу для формулювання єдиної каральної політики – мова у даному випадку йде про невідворотність відповідальності, а не про єдність кари⁹⁸.

240. Різниця юрисдикційних повноважень на міждержавному та фрагментаційному рівні політики та правової системи окремих держав веде до розвитку певних протиріч у регуляції питань захисту прав людини кримінально-правовими засобами. Показовою у цьому аспекті є справа TARICCO I⁹⁹, розглянута Європейським судом справедливості (ЄСС) у 2015 р.

241. «Сага про TARICCO» і пошук компромісу між кримінальним правом держав-членів ЄС і першістю права ЄС. Кримінальна справа (шахрайство з ПДВ) обвинуваченого Таріко та кількох інших підсудних розглядалася в суді першої інстанції Італії. Факти, за якими притягалися до відповідальності ці особи, мали місце в період з 2005 по 2009 роки. Відповідно до положень італійського законодавства, період для переслідування такого шахрайства досить обмежений. Строк давності для цих правопорушень мав спливати не пізніше 8 лютого 2018 року. Ця дата враховувала максимально можливе продовження строку позовної давності, включаючи різні слідчі заходи, які переривали цей строк.

242. Суддя передав справу до ЄСС для попереднього вирішення (*preliminary ruling*), вказавши, що остаточне рішення не буде винесене до

⁹⁸ Туляков В. О. Апроксимація у кримінальному законодавстві Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. Одеса : Юрид. л-ра, 2009. Вип. 47. С. 7–11.

⁹⁹ TARICCO I, Case C-105/14, ECJ [GC], 8 September 2015. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=167061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=563895>

лютого 2018 року, і цей випадок не є поодиноким, адже ілюструє загальну ситуацію в Італії: оскільки економічні правопорушення за своєю природою та складністю потребують ретельного розслідування, короткі строки давності часто заважають ефективному кримінальному переслідуванню. За його твердженням, зміни до КК Італії, відповідно до яких перервані строки позовної давності можна було продовжити лише на одну чверть, тоді як раніше – наполовину, фактично стали «гарантією безкарності» для білоко-мірцевих правопорушників, що суперечить зобов'язанням Італії за законодавством ЄС ефективно протидіяти подібним злочинам. Тому він поставив чотири запитання щодо сумісності італійської системи з зобов'язаннями Італії згідно з законодавством ЄС, зокрема з огляду на зобов'язання захищати конкуренцію, заборону державної допомоги, вичерпний характер переліку звільнень від ПДВ та принцип «здорові державні фінанси».

243. У справі TARICCO I Велика палата ЄС зайняла позицію, що розглянуте національне правило, «може мати несприятливий вплив на виконання зобов'язань держав-членів згідно зі ст. 325 (1) та (2) Договору про формування Європейського Союзу, якщо це національне правило перешкоджає встановленню ефективних та стримуючих факторів та штрафних санкцій у значній кількості випадків серйозного шахрайства, що зачіпає фінансові інтереси Європейського Союзу. Національний суд повинен повною мірою застосувати ст. 325 (1) та (2) Договору про формування Європейського Союзу, якщо це необхідно *не застосовуючи норм національного законодавства*, наслідком яких є запобігання відповідній державі-члену виконувати свої зобов'язання».

244. Таким чином, національний суд був примушений не застосовувати національне правило та застосовувати більш тривалий строк давності притягнення до кримінальної відповідальності, щоб гарантувати ефективність та примат юридичної сили права ЄС. Іншими словами, було чітко встановлено, що італійські обмеження щодо тривалості переривання терміну притягнення до кримінальної відповідальності за шахрайство з фінансовими ресурсами несумісні із законодавством ЄС, та національні суди повинні застосовувати норми ЄС. Проти цього певним чином заперечив Конституційний суд Італії.

Ознайомтесь зі статтями 325 (1) та 325 (2) Договору про функціонування Європейського Союзу,

та справою ОАО Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia, App no. 14902/04, 21 July 2014, ECtHR (§§ 563, 564, 570).

Не дивлячись на податковий характер провадження проти Юкосу, ЄСПЛ зазначив, що по суті воно було кримінальним, і нагадав, що лише закон може визначати злочин і покарання, і що закони мають бути доступними і передбачуваними.



При цьому Суд зауважив, що рішення КС РФ від 14 травня 2005 р. змінило застосовні правила щодо строку давності (часового обмеження), встановивши виключення, яке вплинуло на результат провадження у справі щодо нарахування податків. На думку Суду, в даній ситуації мало місце порушення ст. 1 Протоколу 1 Конвенції (захист права власності) у зв'язку із накладенням та обчисленням штрафних санкцій щодо нарахування податків, зокрема у зв'язку з ретроактивною зміною застосовних правил щодо строку давності.

Оцініть, будь ласка, даний підхід Суду, з урахуванням того, що загалом, відповідно до усталеної практики ЄСПЛ, продовження строку давності та його негайне застосування не тягнуть за собою порушення прав, гарантованих статтею 7 Європейської конвенції з прав людини, оскільки її положення не можна трактувати як такі, що забороняють продовження строку давності, коли відповідні правопорушення ніколи не підпадали під обмеження.

246. З точки зору Конституційного суду Італії, право ЄС не надавало ознак конкретних санкцій у кримінальному сенсі. До того ж «передбачуваність, точність та відсутність зворотної сили» є загальними вимогами до кримінальних правопорушень у правопорядку ЄС та держав-членів, а також згідно з практикою ЄСПЛ, у питаннях, які стосуються «визначення злочину та визначення покарання», іншими словами, у питаннях підстав та наслідків кримінальної відповідальності.

247. У грудні 2017 року Європейський суд (ЄС) нарешті виніс рішення, яке поклало край так званій «сазі про Тарікко». Що ще важливіше, це рішення TARICCO II¹⁰⁰ стосується взаємозв'язку між принципами першості, ефективності та прямої дії права ЄС, з одного боку, та концепцією національної (і особливо кримінально-правової) ідентичності держав-членів, з іншого. Воно також розглядає ступінь можливості для держав-членів не застосовувати право ЄС, якщо це суперечить вищому принципу, гарантованому їх національною конституцією.

248. Таким чином, ЄСС знайшов компромісне рішення, одночасно забезпечуючи повагу до основних прав особи та не підриваючи принцип першості та ефективності права ЄС.

249. Відповідно до міркувань ЄСС, оцінка того, чи може законодавство ЄС вважатись несумісним із вищими національними принципами, повинна проводитися в кожному конкретному випадку: в першу чергу Європейським Судом Справедливості, і лише пізніше компетентними національними органами. Що стосується кроків до діалогу і зниження конфронтації ЄСС з національними судами, то, по-перше, він визнав, що TARICCO I не може застосовуватися до фактів, що мали місце до публікації рішення TARICCO I, а, по-друге, видав «карт бланш» італійському

¹⁰⁰ TARICCO II, C-42/17 - MAS & MB, ECJ [GC], 5 Desember 2017. Available at: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-42/17>

суду¹⁰¹, заявляючи, що національні судді повинні вирішувати, коли застосування правила TARICCO може призводити до правової невизначеності. В рішенні ЄСС зазначено (п. 59), що національний суд повинен визначити, чи висновок у справі TARICCO I, згідно якому відповідні положення кримінального кодексу перешкоджають покладенню ефективних і стримуючих кримінальних санкцій у значній кількості справ серйозного шахрайства, яке зачіпає фінансові інтереси ЄС, дійсно спричиняє ситуацію невизначеності в італійській правовій системі відносно застосовних обмежувальних норм (що буде порушенням принципу, відповідно до якого застосовне правове положення має бути точним). Якщо це дійсно так, національний суд позбавляється обов'язку не застосовувати положення КК щодо давності (як того вимагало рішення TARICCO I).

250. Тобто у даному випадку суд встановив тест визначеності національного кримінального законодавства та можливості його безпосереднього застосування, незважаючи на першість права ЄС. Це не тільки не порушує універсального права прав людини, але і відповідає усталеному розподілу юрисдикційних повноважень держави та міждержавних об'єднань.

251. Євроінтеграційні виклики і відповіді для кримінального права. Відомим також є раніше цитоване рішення ЄСС у справі *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson* (Аклагарен) від 26.02.2013 р. У ньому Суд встановив, що ефективність кримінальної політики при конкуренції визначення адміністративних та кримінальних санкцій у національному законодавстві залежить від прерогативи національного судді використовувати в національному судочинстві для визначення сутності кримінального правопорушення критеріїв Енгеля ЄСПЛ¹⁰². Тобто інтерпретаційні характеристики у випадках конкуренції санкцій передаються національним юрисдикціям при визнанні, як правило, субсидіарності, додатковості міждержавних інституційних механізмів¹⁰³.

252. Разом з цим, певна напруга існує в тому, що автономність тлумачення базових категорій публічного права у практиці європейських судів веде до примату застосування елементів національної культури всупереч загальновизнаним правам та свободам людини¹⁰⁴, а також до конфліктів

¹⁰¹ *Costanza Di Francesco Maesa*. Effectiveness and primacy of EU law v. higher national protection of fundamental rights and national identity a look through the lens of the Taricco II Judgment Eurim: the European Criminal Law Associations' forum N° 1, 2018, P. 50–56.

¹⁰² *Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson*. ECJ Case C-617/10. 23 February 2013. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0617>

¹⁰³ *Туляков В. О.* Обмежувальні засоби в проєкті КК України в контексті доцільності санкцій Проєкт Кримінального кодексу України у фокусі академічної думки : матеріали вебінару (м. Харків, 21 січ. 2021 р.) Харків: Право, 2021. С. 35–37.

¹⁰⁴ Див: Справа «Xero Flor w Polsce sp. Z o.o. v. Poland» стосовно невідповідності процедури обрання суддів Конституційного суду Польщі у контексті ст. 6 Конвенції. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210065>

між відповідними юрисдикціями. Саме тому виникла конституційна криза у Польщі, конфлікт між Німеччиною та ЄС.

253. Кримінально-правові норми в країнах з перехідною економікою мають бути побудовані, проаналізовані і інтерпретовані з точки зору: міжнародних товариств, урядів, місцевих експертів, пересічних громадян, правоохоронців та суддів, жертв злочинів та правопорушників. Ми стверджуємо, що такий комплексний цілісний підхід, заснований на взаємному визнанні всіх прав та обов'язків сторін повинен дати позитивні результати у процесі побудови нового закону. Таким чином, нове кримінальне законодавство та пенологічна практика формуються на основі мультидисциплінарної матриці з урахуванням норм Європейського кримінального права¹⁰⁵ та права прав людини¹⁰⁶.

254. Для цілей даного посібника важливо підкреслити, що євроінтеграційна кримінально-правова політика України – це поетапне прийняття та впровадження нормативно-правових актів України щодо визначення злочинів та покарання за них, інших кримінально-правових засобів поведінки з правопорушниками та пов'язаними з ними особами, розроблених з урахуванням необхідності апроксимації законодавства України та Європейського Союзу, Загальнодержавної програми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу від 21 листопада

¹⁰⁵ STRATEGIC GUIDELINES for legislative and operational planning within the area of freedom, security and justice adopted by the European Council by 26/27 June 2014. URL: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-79-2014-INIT/en/pdf> ; Council FRAMEWORK DECISION 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and surrender procedures between Member State.; Council FRAMEWORK DECISION 2008/947/JHA 27 November 2008 on the application of the principle of mutual recognition to judgments and probation decisions with a view to the supervision of probation measures and alternative sanctions ; DIRECTIVE 2014/62/EU 15 May 2014 of the European Parliament and of the Council on the protection of the euro and other currencies against counterfeiting by criminal law ; Council FRAMEWORK DECISION 2003/568/JHA 22 July 2003 on combating corruption in the private sector ; DIRECTIVE 2014/42/EU 3 April 2014 of the European Parliament and of the Council on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union ; DIRECTIVE 2014/57/EU 16 April 2014 of the European Parliament and of the Council on criminal sanctions for market abuse ; DIRECTIVE 2013/40/EU 12 August 2013 of the European Parliament and of the Council on attacks against information systems ; DIRECTIVE 2011/36/EU 5 April 2011 of the European Parliament and of the Council on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims ; DIRECTIVE 2017/541 15 March 2017 of the European Parliament and of the Council on combating terrorism ; Council FRAMEWORK DECISION 2008/913/JHA 28 November 2008 on 66 combating certain forms and expressions of racism and xenophobia ; DIRECTIVE 2008/99/EC 19 November 2008 of the European Parliament and of the Council on the protection of the environment through criminal law. URL: <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html>

¹⁰⁶ *Антипов В. І.* Кримінальний кодекс України в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини: правові норми, судова практика, науково-практичний коментар. Харків : Право, 2019. 1200 с.

2002 року № 228-IV, та рекомендацій Європейської комісії щодо членства України у Європейському Союзі¹⁰⁷.

255. Нова структура кримінального законодавства та її теоретична основа, засновані на багатодисциплінарному матричному підході, повинні аналізуватися і формулюватися, орієнтуючись на європейську кримінально-правову політику (правила ЄС, які впливають на українське законодавство, судову і превентивну практику).

256. Потребують перегляду стратегічні керівні принципи, задачі, напрями і цілі кримінально-правового впливу на злочинність проти основ економіки, порядку міграції, екологічної безпеки, кібербезпеки, а також кримінально-правового забезпечення антикорупційної безпеки господарської діяльності та засоби їх досягнення; джерела, а також процесуальні елементи та інструменти європейського кримінального права в рамках Лісабонської угоди про внесення змін в Угоду про Європейський Союз й Угоду про заснування Європейської Спільноти від 13 грудня 2007 р.

257. Сучасна соціально-демократична система кримінальної юстиції України має відображати організацію та стимулювання ролі ефективних засобів контролю порушень. Таким чином кримінальне правосуддя показує перехід від абсолютних форм публічного права, суворого і спрощеного прихованими таліонними відносинами, до постмодерного підходу з цілісною різноманітною системою примусових та реабілітаційних практик, заснованого головним чином на концепції примату прав людини та фундаментальних людських цінностях.

258. Частково ці питання було вирішено у проекті Кримінального кодексу України, розробленому Робочою групою з реформи кримінального права¹⁰⁸. Частково – потребують подальшого вирішення за умов фрагментації міжнародного кримінального права та його адаптації до національного законодавства.

Ознайомтесь з даними постановами Конституційних судів окремих європейських країн з точки зору їх відповідності концепту примата рішень вищих європейських судів перед національним законодавством, та сформулюйте свою точку зору щодо наведеного.

Див.: Рішення Федерального конституційного суду Німеччини щодо повноважень Європейського суду справедливості стосовно питань економічної співпраці держав членів ЄС (Judgment of 5 May 2020 – 2 BvR 859/15 URL:);



¹⁰⁷ Opinion on Ukraine's application for membership of the European Union. URL: https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/opinion-ukraines-application-membership-european-union_en

¹⁰⁸ Контрольний текст проекту Кримінального кодексу України. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/03/30/kontrolnyj-proekt-kk-29-03-2021-1.pdf>

Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2015 № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы»;



Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 апреля 2016 г. № 12-П «по делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации»;



Петиція Прем'єр-міністра Польщі до Конституційного Трибуналу Республіки Польща від 15 червня 2021 року стосовно примату польського права над правом ЄС.



2.4. У сутінках юрисдикцій. Диверсифікація

259. Основні підходи до визначення «юрисдикції». Термін «юрисдикція» широко використовується у сучасній практиці правозастосування та у правовій доктрині. Професор Рейн Ливоха вважає що:

- юристи найчастіше говорять про «юрисдикцію», коли обговорюють види питань, які можуть бути компетенцією відповідного суду чи трибуналі. Таким чином, питання про те, чи може суд розглядати справу та вирішувати справу, може бути сформульовано як розслідування щодо юрисдикції цього суду.
- термін «юрисдикція» може також використовуватися під час вирішення сфери справ, яку держава може прагнути регулювати та контролювати. У цьому сенсі має сенс говорити про державу, яка має юрисдикцію вирішувати низку питань за допомогою власної правової системи. Подібним чином можна мати справу з юрисдикцією одиниці держави (особливо федеральної одиниці, наприклад, штату США чи німецької землі), або наднаціонального утворення (скажімо, Європейського Союзу). Тут питання стосується охоплення – географічного чи іншого – певного правового порядку.
- «юрисдикція» може бути словом, що описує територію, на якій державний орган або судовий орган регулярно здійснює свої повно-

важення. Таким чином, коли хтось каже, що «обвинувачений утік з юрисдикції», слово «юрисдикція» має географічне, територіальне значення.

- фактичні відносини між державою та особою чи річчю також можна назвати «юрисдикцією». Таким чином, згідно з договорами про права людини держави пов'язані певними зобов'язаннями перед особами, які перебувають у «їхній юрисдикції». Тут мова йде про ефективний контроль, не обов'язково про юрисдикцію в сенсі юридичної влади чи території.
- «юрисдикція» може, дещо розмовно, може стосуватися самого політичного чи судового органу. Тож можна сказати, що «інші юрисдикції» вирішують певне питання певним чином, що стосується практики інших держав чи територій або просто інших судів¹⁰⁹.

Ознайомтесь, будь ласка, із нижченаведеною практикою ЄСПЛ, що стосується виключення із юрисдикційних повноважень суду дій миротворців ООН та Об'єднаних сил НАТО у проведенні військових операцій на території окремих держав. Чи відповідає такий підхід суду вимогам щодо забезпечення верховенства права та прав людини?

Див: *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands* (dec.) App no. 65542/12, ECtHR, 11 June 2013.; *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec). App no 52207/99, GC, ECtHR, 12 December 2001.



260. Як вважають фахівці: «У правознавстві юрисдикцію розуміють у широкому і вузькому значенні; розрізняють предметну, персональну, територіальну, часову, повну й обмежену, обов'язкову, основну і факультативну, конституційну, кримінальну, адміністративну, цивільну юрисдикцію тощо. Поняття «юрисдикція» у різних галузях права має власну генезу практичного застосування, вживання і теоретичного дослідження. Відзначається стає вживання його у міжнародному й адміністративному праві»¹¹⁰.

261. У контексті нашого навчання важливо підкреслити, що кожна держава, що підписала та ратифікувала Європейську конвенцію про захист прав людини, визнає юрисдикцію ЄСПЛ.

262. Його остаточні рішення стосовно справ, порушених проти конкретної держави, є обов'язковими для виконання. Крім того, обов'язковими для національних судів та правоохоронних органів є також тлумачення

¹⁰⁹ Rain Liivoja. *Criminal jurisdiction over armed forces abroad*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.

¹¹⁰ Баулін О. В. Поняття юрисдикції і новий кримінальний процесуальний кодекс України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. № 2. 2013. С. 10–11.

норм Конвенції та протоколів до неї, які дає ЄСПЛ по справам проти інших держав-учасниць. Юрисдикція Суду, відповідно до положень ст. 32 Конвенції, поширюється на всі питання, що стосуються роз'яснення та використання Конвенції і протоколів, та розглядаються Судом згідно зі ст.ст. 33 (міждержавні справи), 34 (індивідуальні справи) та 47 (консультативні висновки за запитом Комітету Міністрів), положенням Протоколу 16 (консультативні висновки за запитом національних органів судової влади) Конвенції. «Здійснення юрисдикції є необхідною умовою для того, щоб Договірна Держава могла бути притягнена до відповідальності за дії чи бездіяльність, які можуть бути поставлені їй у провину і які є причиною твердження про порушення прав і свобод, передбачених Конвенцією»¹¹¹.

З метою окреслення характеру субсидіарної юрисдикції судових рішень ЄСПЛ, ознайомтесь зі справою *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia*: (п. 103), та судовою практикою, що цитується у цьому рішенні.



263. Окремі аспекти юрисдикції. Експерти визначають, що юрисдикція Суду складається з чотирьох аспектів:

- предметна юрисдикція (*ratione materiae*);
- територіальна юрисдикція (*ratione loci*);
- юрисдикція в часі (*ratione temporis*);
- юрисдикція за колом суб'єктів (*ratione personae*).

264. За предметною юрисдикцією (*ratione materiae*) Суд здійснює захист тільки тих прав, які зазначені в Конвенції та протоколах до неї. Крім того, Суд не приймає до розгляду будь-яку скаргу щодо порушених прав, які явно чи по суті не належать до Конвенції, навіть коли такі права гарантуються іншими міжнародними договорами. Наприклад, розгляд заяв про порушення таких прав, як право на самовизначення, право на доступ до державної служби або захист більшості економічних та соціальних прав залишається поза компетенцією Суду. Під час встановлення предметної компетенції при розгляді скарги Суд спирається на власне розуміння характеру чи змісту того чи іншого порушеного права. Проте прийняття Судом рішення щодо сумісності поданого звернення з предметною юрисдикцією ще не означає визнання Судом наявності порушення права чи прав, гарантованих Конвенцією, оскільки цьому висновку має передувати комплексний розгляд справи. Предметна юрисдикція Суду є найбільш динамічною, оскільки відповідні положення Конвенції постійно набувають нового розуміння за результатами розвитку доктрини еволютивного тлумачення.

¹¹¹ Посібник зі статті 1 Європейської конвенції з прав людини. Страсбург, 2018. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_UKR.pdf

На сьогоднішній день Європейський суд з прав людини вважається однією з основних міжнародних правозахисних інституцій європейської системи захисту прав людини.

265. Територіальна юрисдикція (*ratione loci*) Суду в контексті положень ст. 1 Конвенції тісно пов'язана з територією держав-учасниць Конвенції, але не завжди обмежується суто цією територією. Також згідно з нормами міжнародного права до території держави відносять і ті об'єкти, які прирівнюються до території держави. У практиці Суду виокремився та набув поширення екстериторіальний принцип під час визначення юрисдикції Суду. Отже, територіальну юрисдикцію Суду можна розповсюдити на сукупність територій держав-учасниць Конвенції, а також територій, за міжнародні відносини яких вони відповідають.

266. Юрисдикція в часі (*ratione temporis*) починає діяти, тобто породжувати права і обов'язки для держав-учасниць, з моменту набуття чинності Конвенції, а для держав, що приєдналися – з моменту набуття чинності для кожної держави, яка приєдналася. Відповідно до положень Конвенції, Суд не розглядає подані заяви щодо фактів порушення прав людини, які відбулись до моменту набрання чинності Конвенції для держави-відповідача. Проте практика Суду свідчить, що виняток можуть становити заяви, в яких йдеться про «триваючі порушення»: коли початкові факти порушення, відображеного в заяві, мали місце до дати набрання чинності Конвенції для держави-відповідача, але вони безпосередньо визначали стан заявника вже після зазначеної дати. Відповідно до положень ст. 58 Конвенції кінцевим проміжком часу юрисдикції Суду для Високої Договірної Сторони визначається з моменту денонсації Конвенції (денонсація може відбутись через п'ять років з моменту набрання чинності Конвенції державою-учасницею та через шість місяців після офіційного звернення до Генерального секретаря Ради Європи), але не звільняє її від взятих зобов'язань Конвенції щодо будь-якого порушення, яке могло бути вчинене до дати набрання дії денонсації»¹¹².

267. Юрисдикція Суду за колом суб'єктів (*ratione personae*) визначається згідно положень ст.ст. 33, 34 Конвенції, а саме: Суд розглядає заяви проти будь-якої держави-учасниці, які подані іншими державами-учасницями, або будь-якими особами, недержавними організаціями або групами осіб, що відносять себе до категорії потерпілих, викладених у Конвенції та Протоколах до неї.

268. Отже, підсумовуючи підрозділ, можна сказати, що юрисдикція визначається як повноваження та компетенція держави чи суду або трибуналу за міжнародним правом регулювати та встановлювати заходи примусу

¹¹² Галкін І. Г. Особливості юрисдикції Європейського суду з прав людини Часопис Київського університету права. 2014. № 4. С. 285–288. Дудаш Т. І. Практика Європейського суду з прав людини: навч.-практ. посіб. / Т. І. Дудаш. К.: Алерта, 2013. 368 с.

у випадках, коли такі відповідні дії учасників правовідносин є незаконними. Поруч з цим, колізійність чи слабкість національної або територіальної юрисдикції дозволяє застосовувати й так звану універсальну юрисдикцію.

2.5. Універсальна юрисдикція та доцільність примусу

269. Згідно практики ЄСПЛ, у випадках, коли за звичаєм, міжнародним чи іншим договором органи влади Договірної держави виконують виконавчі або судові функції на території іншої держави, Договірна держава може нести відповідальність за порушення Конвенції, що відбуваються при цьому, якщо відповідні дії приписуються їй, а не територіальній державі¹¹³ (див: *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*¹¹⁴).

270. У ряді випадків універсальна юрисдикція дозволяє державам чи міжнародним організаціям вимагати кримінальної юрисдикції щодо обвинуваченого незалежно від того, де було скоєно передбачуваний злочин, та незалежно від національності обвинуваченого, країни проживання чи будь-яких інших стосунків із суб'єктом обвинувачення. Справа у тому, що певні злочини становлять настільки серйозну загрозу для міжнародного співтовариства в цілому, що держави мають логічний і моральний обов'язок притягнути до відповідальності особу, винну у злочині геноциду, злочинах проти людяності, воєнних злочинах, та ін.

Проаналізуйте з точки зору визначення ознак складу злочину як підстави притягнення до кримінальної відповідальності справу *Jorgic v. Germany* App no. 74613/01, 12 July 2007, ECtHR.



271. У справі «Йоргіч проти Німеччини» було порушено питання про те, наскільки суворо повинні застосовуватися кримінальні закони і яким є обсяг їхньої інтерпретації. Обставини справи полягали у тому, що заявник, Нікола Йоргіч, боснійський серб, що проживав у Німеччині, був засуджений німецькими судами за геноцид через участь у «етнічних чистках» боснійських мусульман боснійськими сербами в Добої. Заявник стверджував, що визначення злочину геноциду, що було застосовано німецькими судами, було ширшим, ніж визначення у міжнародному праві або визначення у національному законодавстві на момент скоєння злочину. На думку заявника, злочин геноциду включав лише вбивство, винищення чи депортацію з метою знищення групи в біологічно-фізичному плані, а не просто як окремої соціальної одиниці. Відповідно, він вважав, що його

¹¹³ Посібник зі статті 1 Європейської конвенції з прав людини. Страсбург, 2018. URL https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_UKR.pdf P. 10.

¹¹⁴ *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*. App no. 55721/07, GC, ECtHR, 7 July 2011. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-105606%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105606%22]})

засудження порушило ст. 7 Європейської конвенції, оскільки його діями ці характеристики не охоплювалися. Навпаки, німецькі суди стверджували, що визначення злочину геноциду охоплювало не лише біологічно-фізичне знищення групи осіб, але також знищення групи як соціальної одиниці з її відмінністю та особливістю почуття соціальної спільноти.

272. У своєму рішенні у даній справі Європейський суд з прав людини зазначив, що судове тлумачення є неминучим, а також необхідним для поступового розвитку кримінального права. Як наслідок, ст. 7 ЄКПЛ не можна сприймати як заборону тлумачення та роз'яснення у кожному конкретному випадку, з важливою умовою: відповідності наслідків суті правопорушення і тому, що воно могло бути обґрунтовано передбачено. Судді ЄСПЛ прийняли аргументи німецьких судів і дійшли висновку, що «етнічна чистка» може бути формою геноциду за змістом Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього, проте лише якщо вона відповідає або підпадає під одну з категорій діянь, заборонених ст. 2 цієї Конвенції. Суд виходив з того, що ані намір зробити територію «етнічно однорідною» з точки зору політики, ані операції, які можуть бути здійснені для реалізації такої політики, не можуть бути як такі позначені як геноцид: намір, що характеризує геноцид, полягає у тому, щоб «знищити, повністю або частково» певну групу, а депортація чи переміщення членів групи, навіть якщо вони здійснюються із застосуванням сили, не обов'язково еквівалентні знищенню цієї групи і не стають автоматично наслідком переміщення. Проте це не означає, що дії, описані як етнічна чистка, ніколи не можуть означати геноцид – це можливо, якщо вони є такими, що їх можна охарактеризувати як, наприклад, «навмисне створення для групи умов життя, розрахованих на її фізичне знищення повністю чи частково», за умови, що такі здійснюються з необхідним конкретним наміром (*dolus specialis*), тобто з метою знищення групи.

273. Окрім того, Суд у справі Йоргича не знайшов порушення п. 1 ст. 6, п. 1 ст. 5 Євроконвенції, оскільки сторони Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього, включаючи Німеччину, мали зобов'язання покарати за геноцид і, таким чином, могли здійснювати свою універсальну юрисдикцію на екстериторіальній основі і незалежно від громадянства обвинуваченого.

274. Завершуючи, відзначимо, що, згідно з практикою ЄСПЛ, можливе встановлення відповідальності за екстериторіальне використання владних повноважень держави поза її територією у випадках:

- здійснення суверенної влади іншою державою за її згодою;
- застосування сили агентами держави за межами її території;
- принципу «ефективного контролю» в контексті здійснення юрисдикції над певною територією;

- юрисдикції «активної» держави на підставі її військових дій поза межами власної території;
- юрисдикції держави, на території якої відбуваються бойові дії, розпочаті іншою державою (або сепаратистами);
- делегування повноважень держави або спільного здійснення таких повноважень разом із іншою державою;
- покладання відповідальності за стверджуване порушення на Європейський Союз;
- покладання відповідальності за стверджувані порушення на ООН (проведення міжнародних військових операцій; застосування міжнародних санкцій Радою Безпеки ООН);
- покладання відповідальності за стверджуване порушення на інші міжнародні організації.

275. Важливо відзначити, що концепція універсальної юрисдикції тісно пов'язана з концепцією *jus cogens* – про те, що певні зобов'язання міжнародного права є обов'язковими для виконання всіма державами.

2.6. Національна юрисдикція та права людини

276. Кримінально-правові сенси та загроза інфляції прав людини. Закон не може дати суттєвих вказівок особам, якщо вони завжди повинні дотримуватися усіх кримінальних законів, які всі держави світу вважають розумним прийняти. В такій ситуації, посеред дублюючих та суперечливих заборон з боку різних національних правових систем, будь-який меседж, який несе кримінальне законодавство, буде загублений. Іншими словами, не зважаючи на регулятивну функцію кримінального права, суто процедурний підхід до юрисдикції не долає виклики верховенства права. Тому під час обговорення обсягів юрисдикції першим запитанням, на яке потрібно дати відповідь, є відповідність кримінального законодавства конкретної держави регуляторам прав людини¹¹⁵.

277. У контексті ідеології «сталого розвитку та прагнення щастя», яка має глобальний характер, не може існувати єдиної моделі розвитку вчення про злочин та покарання. Проте у кримінально-правових розвідках повинна бути єдина методологічна основа, побудована на приматі природних прав людини.

278. Про цей виклик писав Ф. Фукуяма: «Проблема культурного релятивізму змушує нас знову подумати, чи не поквапилися ми, відкидаючи думку, що права людини засновані на природі людини: існування єдиної природи людини, спільної для всіх народів світу, дає – хоча б теоретично – загальну основу для побудови універсальних прав людини. Однак віра

¹¹⁵ *Rain Liivoja*. Criminal jurisdiction over armed forces abroad. Cambridge: Cambridge University Press. 2017.

в натуралістичну *оману* так глибоко вкоренилася в сучасній західній думці, що відродження заявки про природні права стає серйозним завданням»¹¹⁶.

279. Як бачимо, універсальність захисту природних прав є науковою парадигмою, що розвивається в атмосфері ідеологічних оцінок кожної держави (мирової чи регіональної спільноти) на рівні політичної, професійної та загальної нормосвідомості.

Ознайомтесь, будь ласка, із доповіддю щодо стану верховенства права у Європейському Союзі 2020 та знайдіть відповідь, наскільки принцип верховенства права у контексті загальноєвропейського розуміння відповідає принципу юридичної визначеності. Див.: The Rule of Law situation in the European Union {SWD(2020) 300-326}



280. Формуванню сучасної концепції національного кримінального права передуює ідея побудови загальної основи для парадигми універсальності кримінального права (захист природних прав та безпека їх носіїв) у контексті права на безпеку та безпеки права. Відповідно в системі кримінально-правового впливу сучасності право держави на покарання винної особи кореспондує праву порушника бути покараним, а заборона небажаної поведінки – праву на вчинення кримінального правопорушення як форми протидії незаконній (у сенсі природних прав людини) криміналізації.

281. Виникає просте запитання: чому у сучасних кримінально-правових дослідженнях так багато уваги приділяється аналізу питань криміналізації відповідних явищ і процесів, застосуванню новітніх (альтернативних) покарань і заходів впливу, і так мало уваги приділяється аналізу ефективності відповідних покарань чи прогнозу ефективності норми?

282. Можливо тому, що еkleктика кримінального права виконує позитивну функцію формування державного образу регулювання чогось *sui generis*, але не формування сенсу кримінального права?

283. Кримінально-правові сенси загалом засновані на приматі природних прав на щастя та надію – на щастя жити у безпеці та протест проти правових дисфункцій/зловживань, та на надію справедливої і легітимної кари, реституцію та ресоціалізацію у разі порушення закону. Гуманістична спрямованість правових позицій ЄСПЛ надає цьому процесу динамічного характеру.

284. Але не завжди цей процес виконує позитивні функції. Наприклад, нормативна усталеність класичного кримінального права, згідно з позиціями диверсифікації образів «кримінального» у практиці ЄСПЛ (а також

¹¹⁶ Фукуяма Ф. Наше постчеловеческое будущее. URL : <http://www.e-reading.club/chapter.php/143497/25>

і у національній практиці кримінально-правового регулювання та судового тлумачення кримінального закону), стає юридичною фікцією.

285. Інфляція моделі прав людини, що пов'язана з розвитком та інфляцією змістовної характеристики основних прав (поширене тлумачення статей 2–7 Європейської конвенції із захисту прав людини і основоположних свобод, обмеження використання статей 8–10) та неможливістю існування системи їх надійного правового захисту, стає все більш вираженою.

286. У справах *Vinter v. United Kingdom*¹¹⁷, *Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*¹¹⁸, *Del Rio Prada v. Spain*¹¹⁹ ця спрямованість судової практики не лише на справедливість і легітимність, а і на реабілітаційну зафарбованість кримінально-правового примусу, особливо помітна.

287. ЄСПЛ наголошує на праві на надію як ландшафті каральних і дисциплінарних практик держави. Проте цей «ландшафт» не завжди враховується громадянським суспільством, хоча активно (до зловживань і порушень) експлуатується.

288. **Законність, доцільність та заходи кримінально-правового примусу.** Конституційний принцип караності правопорушника у зв'язку з вступом в силу обвинувального вироку суду не завжди спрацьовує у національних юрисдикціях. Державам простіше і «доцільніше» в порушення положень ст.ст. 6, 7, ст.ст. 1, 2 Першого протоколу, ст. 4 Сьомого протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, без відповідного вироку суду застосовувати заходи державного примусу, кваліфікуючи їх як дисциплінарні чи адміністративні санкції, вимушені політичною спрямованістю.

289. В Україні такий підхід можна продемонструвати, наприклад, казусами про примусове обмеження права власності, обмеження свободи пересування згідно Закону України «Про санкції», убезпечуюче позбавлення власності згідно Закону України «Про виключну (морську) економічну зону», обмеження права на освіту та підготовку кадрів згідно закону України «Про вищу освіту» тощо¹²⁰. Перелік подібного роду санкцій, які

¹¹⁷ *Vinter and others v. UK*, App nos. 66069/09, 130/10, 3896/10, ECtHR, 9 July 2013. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-122664>

¹¹⁸ *Maktouf and Damjanovic v. Bosnia and Herzegovina*, App nos. 2312/08, 34179/08, ECtHR, 18 July 2013. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-122716>

¹¹⁹ *Del Rio Prada v. Spain*, App no. 42750/09, ECtHR [GC], 21 October 2013. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-127697%22%5D%7D>

¹²⁰ ЗУ № 1644-VII «Про санкції» від 14 серпня 2014 р.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18#Text>; ЗУ № 162/95-ВР «Про виключну (морську) економічну зону» від 16 травня 1995 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/162/95-вр#Text>; ЗУ № 1556-VII «Про вищу освіту» від 1 липня 2014 р.

URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-18#Text>

суттєвим чином обмежують права та свободи громадян¹²¹, обширний: від імпічменту президента до сплати штрафів, пені як елементу звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 212 КК України і т. ін. Проблема рекодифікації кримінального законодавства України пов'язана із подоланням таких елементів асиметричності правової регуляції.

290. Закон змінюють правила та практики; дисциплінарна та суспільна відповідальність підриває характеристики значущості відповідальності держави; суспільна доцільність формує передумови криміналізації всупереч законності. Сутнісне обмеження застосування принципу законності засновано на тому, що у більшості сучасних держав факти визнання кримінальної протиправності носять політично доцільний характер. Філософія визнання злочинного та караного заснована на постулаті корисливості кари за діяння, яке визнається чи рекомендовано визнати суспільно-небезпечним. На цьому побудована кримінальна політика так званого «скаженого принтеру», коли доцільність визнання караності диктується цілеспрямованим політичним чи суспільним впливом на законодавця. На жаль, такий підхід невизначеності чи підміни основ криміналізації присутній тією чи іншою мірою в усіх євроцентристських системах. Більше того, орієнтація на «vox populi» веде до підміни понять: закон формується під настанови осіб, що бачать лише власні чи генеровані окремою соціальною стратою потреби.

291. В ідеалі застосування кримінально-правової норми є її незастосуванням. Але саме ця остаточність заходів кримінально-правового примусу, їх адитивність, зорієнтованість на правозастосувачів та їх правосвідомість, а не на пересічних громадян, поруч з іншими системними недоліками публічно-правового регулювання, призвели до формування значної кількості суперечливих явищ та процесів, які у сумі давали можливість казати про припинення розвитку кримінально-правової доктрини, знаходження кримінального законодавства та правозастосування у стані системної кризи¹²².

292. Проте, останнім часом ситуація змінюється. Можемо констатувати, що в сучасних умовах розвитку системи національної кримінальної юрисдикції та піднесення права України до європейської моделі, *право бути покараним за порушення права та право мати право на ресоціалізацію й реінтеграцію в суспільство є формою реалізації права на надію як га-*

¹²¹ *Salvatore Providenti*, Administrative and criminal sanctions and ne bis in idem: how to reconcile the views of the CJEU, the ECHR and of national Constitutional Courts? URL: <http://www.ebi-europa.eu/wp-content/uploads/2016/12/Providentibologna17.pdf>; *Andreas Kangur, Alexander Lott and Anneli Soo*. Are EU Administrative Penalties Reshaping the Estonian System of Sanctions? EUCRIM-2020-009. URL: https://eucrim.eu/media/issue/pdf/eucrim_issue_2020-02.pdf#page=76

¹²² *Туляков В. О.* Кримінальне право сучасності: криза доктрини чи криза юрисдикцій. Право України. 2010. № 9. С. 40–46.

рантії проти позасудових репресій та зловживання владою. Вказані положення мають знайти відбиття у подальшій розробці теорії кримінальної відповідальності та прав людини.

Питання для самоконтролю

1. У чому полягає значущість теорії прав людини для теорії криміналізації?
2. Як впливає політична доцільність на криміналізацію?
3. Як співвідносяться обмежувальні та кримінально-правові санкції?
4. Чи потрібно охороняти права людини засобами кримінального права?
5. У чому полягає конфлікт суверенітетів між державами та міждержавними об'єднаннями?
6. Які тенденції розвитку національного, міжнародного та супранаціонального кримінального права?
7. Які види юрисдикцій Вам відомі? У чому значущість справи TARICCO для формування європейської кримінальної політики?
8. Як універсальна юрисдикція працює для прав людини у збройних конфліктах?
9. Що таке «право на надію» в контексті практики ЄСПЛ?
10. Які перспективи розвитку кримінального права майбутнього?

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_004
2. Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання: Ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 3484-XI від 26 січня 1987 р. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. – 1987. – № 6. – Ст. 101 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085
3. Антипов В. І. Кримінальний кодекс України в контексті міжнародного права та практики Європейського суду з прав людини: правові норми, судова практика, науково-практичний коментар – Науково-практичне видання – Харків: Право, 2019. 1200 с.
4. Буняк В. С. Європейська конвенція з прав людини та кримінальне право: науково-практичний посібник. / відп. ред. В. С. Ковальський. Київ: Юрінком Інтер, 2020. 156 с.
5. Житний О. О. Кримінальне право України в міжнародному вимірі (порівняльно-правовий аналіз) Х.: Одиссей, 2013. 376 с.

6. Сучасний кримінальний процес країн Європи: монографія [В. В. Луцик, В. А. Савченко, В. І. Самарін та ін.] ; за ред. В. В. Луцика та В. І. Самаріна. – Харків: Право, 2018.
7. Туляков В. О. Принцип законності в динаміці рішень ЄСПЛ та розвиток кримінального законодавства України. *Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України* : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 17–19 жовт. 2019 р. Харків : Право, 2020. С. 125–130.
8. English-Ukrainian International Case Law dictionary under general editor-ship of S. V. Kivalov, Yu. V. Yulinetska ; Academic contributors: G. A. Ulyanova, V. A. Tulyakov, M. V. Mamich, M. I. Pashkovsky; National University “Odessa Law Academy”. Second edition. Odessa: Yurydychna literature, 2018. 548 p.

КЕЙСИ

1. Справа «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» / *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*. The European Court of Human Rights. 8 July 2004. Application № 48787/99 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61886>
2. Справа «Катан та інші проти Молдови та Росії» / *Catan and Others v. Moldova and Russia*. The European Court of Human Rights. 19 October 2012. Applications № 43370/04, 8252/05 and 18454/06 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-114082>
3. Справа «Кабулов проти України» / *Kaboulov v. Ukraine case*. The European Court of Human Rights. 10 May 2010. Application № 41015/04 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-95771>
4. Справа «Петухов проти України (№ 2)» / *Petukhov v. Ukraine (No2)*. The European Court of Human Rights. 12 March 2019. Application № 41216/13 URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-198296>

РОЗДІЛ 3 ПРИНЦИПИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА І ПРАВА ЛЮДИНИ

3.1. Ultima ratio

Цілі навчання. Даний підрозділ присвячено одному з основних принципів, який повинен бути покладений у основу визначення того, яка поведінка визнається у державі кримінально-протиправною, – «ultima ratio». За підсумками вивчення підрозділу студенти отримають навички суджень щодо доцільності/недоцільності використання інструментарію кримінального права для розв'язання соціальних проблем та зможуть надавати кримінально-політичну оцінку законопроектам та законам, спрямованим на доповнення КК України новими кримінальними правопорушеннями.

19 грудня 2019 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення особистого голосування народними депутатами України на пленарних засіданнях Верховної Ради України», яким до КК України ввела статтю 364², в якій встановила відповідальність за умисне здійснення народним депутатом України на пленарному засіданні Верховної Ради України голосування замість іншого народного депутата України (неособисте голосування).

Надайте кримінально-політичну оцінку доцільності введення кримінальної відповідальності за вказану поведінку.

293. Державна монополія на насильство і захист публічного інтересу. Кримінальне право України, будучи галуззю публічного права, містить у своєму арсеналі такі засоби правового впливу на учасників суспільних відносин, які за своєю природою містять найвищий ступінь можливого легального насильства з боку держави до тих, хто своєю поведінкою порушує законодавчі приписи. Публічність кримінального права надає йому можливість створювати правову основу для здійснення державою «легітимності» покарання (*jus puniendi*), «надати» державі легальну змogu на відповідну «інтервенцію» в особисте життя¹²³. Наріжним питанням кримінального права у зв'язку з цим є проблема встановлення меж кримінально-правового втручання у життя людини. Відповідь на дане питання на перший погляд очевидна: в умовах заявленої тенденції на гуманізацію державної кримінально-правової політики показником ефективності такої політики стає виконання державою зобов'язань щодо належного забезпечення реалізації та захисту прав і свобод людини.

294. Враховуючи, що виключно держава нині є єдиним уповноваженим суб'єктом визначати співмірні заходи попередження та реагування на зло-

¹²³ Стрельцов Є. Л. Кримінальне право: основні визначення. С. 38.

чинні загрози, криміналізація певних діянь та притягнення винних за їх вчинення до кримінальної відповідальності є найгострішим, крайнім засобом – *ultima ratio*¹²⁴ – в палітрі інструментів, які держава може використовувати для попередження і протидії злочинності. Оскільки кримінальна відповідальність іманентно пов'язана із найсуворішими обмеженнями прав та свобод людини, особливої ретельності та обережності з боку держави потребує визначення нею кримінально-караних діянь¹²⁵.

295. Експансія кримінального права. Сучасний стан використання державою цих «крайніх засобів» оцінюється правозахисною та науковою спільнотою з великою стурбованістю. Експерти вказують на надмірне поширення кримінального права в цілях регулювання життя у суспільстві. Практика використання кримінального закону для вирішення соціальних питань, заснована не на реалістичній оцінці його впливу, а на популістських міркуваннях керівництва держави щодо його доцільності, призводить до «засмічення» КК, збільшення його до непомірних розмірів. Кодекс переповнений непотрібними нормами, створеними найчастіше за рахунок упровадження спеціальних складів або шляхом криміналізації без об'єктивної потреби¹²⁶. Іншими словами, своєрідним гаслом стало: «Якомога більше кримінального права!». Таку орієнтацію державної політики варто назвати *кримінально-правовим експансіонізмом*. Виключно важливий сегмент правової системи став зоною невизначеності та нестабільності, джерелом виникнення нових конфліктів та проблем. Замість того, щоб сприяти стабілізації суспільних відносин, кримінальний закон сам генерує нестабільність.

Ознайомтеся зі змінами, які були внесені до КК України протягом останнього року. Поміркуйте, чим викликані такі зміни. Ознайомтеся із пояснювальними записками, які супроводжували відповідні закони. Використовуйте офіційний сайт Верховної Ради України



296. Можна сперечатися, чи коректно взагалі називати експансію кримінального права стратегією (оскільки вона призведе до подальшого послаблення кримінально-правової системи). Скоріше вона виступає як побічний результат нездатності суспільства серйозно обговорювати та вирішувати соціальні, економічні та політичні проблеми. Втім, так чи інак-

¹²⁴ Про історію походження даного вислову див. підрозділ 2.1.

¹²⁵ Шевченко С. В. Принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права: дискусійні та малодосліджені аспекти. Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки. 2019. Том 30 (69) № 1. С. 103.

¹²⁶ Фріс П. Л. Соціальна обумовленість необхідності створення нового Кримінального кодексу України. Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України: матеріали міжнародної наукової конференції. м. Харків, 17–19.10.2019 року. Харків: Право, 2019. С. 56.

ше, названі фактори вимагають критичного осмислення та пошуку нових можливих стратегій кримінально-правового реагування. Вирішальним у зв'язку з цим є питання про те, чи існує фіксована межа легітимного здійснення каральної влади державою? Де захист правових благ перетворюється у надмірне каральне законодавство?

297. Кримінальне право – лише частина права на безпеку, яке не може бути забезпечене жодними іншими засобами. В іншому разі воно втрачає власну ідентичність, перетворюється на всеосяжне мегаправо, що навряд чи виправдано. Інакше кажучи, кримінальне право не панацея від усіх бід, а «*ultima ratio*» (останній аргумент). І більше того, ніж воно може дати, очікувати від нього не варто¹²⁷.

298. В нинішніх соціальних умовах розростання кримінального права і всієї системи органів кримінальної юстиції стає все більшою проблемою, оскільки вони, замість того, щоб захищати найважливіші гуманістичні цінності, починають загрожувати цим цінностям. Дослідники зазначають, що ознаками сучасного кримінального права є: поширення кримінального права на нові сфери, криміналізація нових видів злочинної діяльності замість декриміналізації, гнучкість традиційних конституційних зобов'язань (вихід за межі букви закону, заборона аналогії закону, юридичні стандарти аргументації), відмова від принципу останнього аргументу (*ultima ratio*), створення правових благ, які підлягають широкому тлумаченню (особливо універсальних правових благ), широка попередня криміналізація за допомогою реєстрації замахів та підготовчих дій до вчинення злочинів, а також, за допомогою розширеного введення деліктів, створення конкретної та абстрактної небезпеки і, насамкінець, послаблення розподілу між кримінальним та поліцейським правом за допомогою виділення превентивних цілей покарання¹²⁸.

299. З урахуванням сказаного, беручи до уваги той факт, що кримінальне право в практичному вимірі часто нездатне реалізувати свої основні функції захисту прав людини від злочинних посягань та державного свавілля, ймовірно, як зазначають деякі фахівці, єдиним раціональним рішенням буде спроба позбутися подібного регулювання. Адже гіпертрофоване кримінальне право, яке все більше демонструє риси системної кризи і все менше відповідає навіть юридико-технічним стандартам, починає заподіювати більшу шкоду як окремим громадянам, так і суспільству в цілому. Тому виникають ідеї замінити його більш якісним (як у технічному, так

¹²⁷ Вечерова Є. М. Функції кримінального права: нормативний вимір. Право і суспільство. 2018. № 2. Ч. 3. С. 146.

¹²⁸ Хильгендорф Э. Пунитивное законодательство и уголовно-правовая доктрина. Скептические замечания к некоторым руководящим терминам современной теории уголовного права. Вопросы российского и международного права. 2012. № 1. С. 112–113.

і сутнісному плані) кримінальним правом – таким, з приводу якого, можна досягнути суспільного консенсусу¹²⁹.

300. *Ultima ratio* як спосіб подолання кризи. Таким чином, потреба у зверненні до принципу *ultima ratio* у кримінально-правовому регулюванні набуває все більшої ваги. Будучи іноді позначений різними термінами – принцип «останнього аргументу», «економії кримінальної репресії», «недостатності інших заходів охорони»¹³⁰ – семантично принцип *ultima ratio*, у відповідності з ліберальними уявленнями, означає, що кримінальне право як найсерйозніша форма втручання держави у правову сферу громадян повинне бути використане тільки тоді, коли застосування інших засобів видається безнадійним.

301. З часів стародавньої історії кримінальне право було *ultima ratio* у можливостях держави впливати на злочинність. Це правило завжди закріплювало, що кримінальне право слід застосовувати тільки тоді, коли держава вичерпала усі можливості щодо впливу на відповідне явище, події, діяння та ін. Тільки після цього держава має можливість «перевести» діяння у розряд злочинних, а особу, яка вчинила такі діяння – у розряд злочинців, враховуючи весь комплекс притаманних прямих та опосередкованих наслідків; інакше – відбувається зловживання правом¹³¹.

302. Оскільки кримінальне право становить собою найбільш серйозний інструмент держави для захисту правових благ, з цього випливає, що його потрібно застосовувати тільки у якості крайнього засобу. Використання кримінального права порівняно з іншими діями держави, в принципі, *другорядне*. Це означає наступне: якщо законодавець використовує кримінально-правові засоби без переконаності в тому, що не можуть бути використані інші засоби, він порушує принцип *ultima ratio*, викликаючи тим самим незадоволення кримінальним законодавством¹³².

303. Дієвість *ultima ratio*. Виділяються *дві основні сфери використання принципу ultima ratio у кримінальному праві*. Кримінальне право виконує подвійну роль у суспільному житті. Спочатку воно криміналізує певне діяння, а потім починає з ним «боротися». Тобто виявляється людське ді-

¹²⁹ *Стоянович З.* Концепция уголовно-правового минимализма в современных условиях. Вестник Кемеровского государственного университета. Серия: Гуманитарные и общественные науки. 2018. № 1. С. 69–70.

¹³⁰ *Пащенко О.* Неможливість боротьби з діянням за допомогою інших (некримінально-правових) засобів. Национальный юридический журнал. 2015. Грудень. С. 193.

¹³¹ *Стрельцов С. Л.* Кримінальне право: основні визначення. С. 41.

¹³² *Хильгендорф Э.* Пунитивное законодательство и уголовно-правовая доктрина. Скептические замечания к некоторым руководящим терминам современной теории уголовного права. Вопросы российского и международного права. 2012. № 1. С. 121–122.

яння, яке за ступенем суспільної небезпеки посягає на найбільш важливі цінності, які існують, а потім пропонуються кримінально-правові заходи, які спрямовані на протидію цьому діянню¹³³.

304. Враховуючи таку природу кримінального права, принцип *ultima ratio* має прояв на кожному з цих етапів. *Спочатку ultima ratio повинен спрацювати на стадії криміналізації діяння та диференціації кримінальної відповідальності за нього, а потім на етапі визначення конкретного заходу кримінально-правового впливу на порушника кримінально-правової заборони.*

305. Принцип *ultima ratio* проявляється у двох основних іпостасях: в правотворчій та правозастосовній діяльності¹³⁴. В правотворчому аспекті він має значення як критерій криміналізації та пеналізації – тобто вимога застосування крайнього засобу (кримінально-правового) лише тоді, коли не існує іншого способу регулювання, рівного за ефективністю – але з меншими втратами для інших цінностей. В правозастосуванні цей принцип зумовлює пошук такого оптимального кримінально-правового заходу, який би з найменшими втратами слугував досягненню цілей кримінального покарання. Таким чином, *принцип ultima ratio повинен мати у кримінальному праві два прояви: 1) при криміналізації/пеналізації/диференціації та 2) при застосуванні заходів кримінально-правового впливу.*

306. Взаємозв'язок *ultima ratio* і пропорційності. Важливим питанням є також зв'язок *принципу ultima ratio та принципу пропорційності*¹³⁵. Принцип пропорційності може бути застосований у будь-якій галузі права, в межах якої певний уповноважений суб'єкт, наприклад, законодавець чи суддя, повинен забезпечити: по-перше, дотримання балансу між приватними та публічними інтересами (принцип балансування); по-друге, визначення розумного співвідношення між легітимним обмеженням прав та свобод людини та метою, яку необхідно досягти, застосовуючи таке обмеження (принцип правообмеження). З огляду на це, дослідники підкреслюють особливе значення принципу пропорційності у кримінальному праві як принципу стримування «нормативної свободи» держави у криміналізації діянь¹³⁶.

¹³³ Стрельцов Є. Л. Деякі роздуми про правову сутність та соціальні завдання кримінального права. Право України. 2010. № 9. С. 104.

¹³⁴ Поліщук О. М. Диспозитивність і принципи кримінального законодавства і кримінальної політики. Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. 2015. № 5 С. 191.

¹³⁵ Wendt R., 2013. The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality. Oñati Socio-legal Series [online], 3 (1), 81–94. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2200873>

¹³⁶ Шевченко С. В. Принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права: дискусійні та малодосліджені аспекти. Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки. 2019. Том 30 (69). № 1. С. 104–105.

В цій ситуації саме принцип *ultima ratio* надає конкретний дороговказ для такого стримування.

307. Значущість емпірики для оцінки впливу. Важливо відзначити, що одним зі значущих правил для визначення міри кримінально-правового втручання має стати використання емпіричного знання. Без належного наукового виміру застосування покарання перетворюється на свавілля. Кримінальне законодавство та визначення заходів кримінально-правової відповідальності, які не керуються і не контролюються наукою, ризикують стати простим інструментом задоволення ірраціональних потреб у застосуванні покарання¹³⁷. Як показує сучасна практика законотворення, держава часто приймає зміни до Кримінального кодексу України без належного обґрунтування їх потреби. Подібні зміни створюють ризики для прав людини, а їх наслідки здебільшого мають негативний характер.

308. Розглянемо ситуацію, коли Законом України від 19 грудня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впровадження Єдиного реєстру осіб, засуджених за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи, та посилення відповідальності за злочини, вчинені проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи»¹³⁸ за повторне зґвалтування особи, яка не досягла чотирнадцятирічного віку, було встановлено найтяжче з можливих в Україні покарань – довічне позбавлення волі. Обґрунтування такого законодавчого рішення коротко зводилося до «потреби підвищення кримінальної відповідальності».

309. Однак неефективність найтяжчих покарань за зґвалтування описував ще Жан Поль Марат в епоху Французької революції¹³⁹. Подібне обтяження покарання має ризик призвести до зворотного ефекту: гвалтівники можуть почати вбивати своїх жертв, адже їм відтепер немає чого втрачати – більш суворого покарання, ніж довічне позбавлення волі кримінальне право України не знає. Очевидно, такий ефект від внесених змін їх авторами не враховувався.

¹³⁷ Хильгендорф Э. Пунитивное законодательство и уголовно-правовая доктрина. Скептические замечания к некоторым руководящим терминам современной теории уголовного права. Вопросы российского и международного права. 2012. № 1. С. 130

¹³⁸ Закон України 409-ІХ від 19 грудня 2019 р. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впровадження Єдиного реєстру осіб, засуджених за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи, та посилення відповідальності за злочини, вчинені проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/409-20#Text>

¹³⁹ Марат Ж.-П. План уголовного законодательства. Пер. с фр. Н. С. Лапшиной, под. ред. А. А. Герцензона. М.: Изд-во иностранной литературы, 1951.

310. Отже, що потребує оцінки при прийнятті рішення про встановлення кримінальної відповідальності та/або обранні того чи іншого заходу кримінально-правового впливу?

311. Це, зокрема, інформація про соціальні показники діянь, які стали предметом вивчення; аналіз економічних, соціальних, соціально-психологічних, можливо, правових та інших джерел їх «походження»; аналіз інших, не кримінально-правових шляхів впливу на ці діяння (явища); прогнозування наслідків криміналізації подібного діяння (діянь) в загальному та спеціальному плані¹⁴⁰. Рішення повинно підтверджуватись наявністю причинно-наслідкового зв'язку між негативними явищами різного змісту та спрямованістю і соціально-правовою потребою в установленні державою заборони на їх вчинення під страхом кримінального покарання. Наявність саме такої причинної залежності багато у чому обумовлює необхідність та доцільність прийняття нового кримінального закону, оскільки такий закон буде тоді ефективний, коли він адекватно відобразить в своїх приписах негативну реальність певної злочинної поведінки¹⁴¹.

312. **Людська гідність як обмежувач свавілля.** Окрім того, завдання ефективного захисту прав людини може бути реалізоване лише тоді, коли чіткою межею здійснення державою каральної влади є людська гідність, порушення якої неприпустиме.¹⁴² Людська гідність при цьому визначається як сукупність суб'єктивних прав на матеріальний прожитковий мінімум, автономне саморозкриття, свободу від страждань, недоторканість приватного життя, матеріальну та духовну цінність, основоположну рівноправність та мінімальну повагу¹⁴³. Принципи пропорційності, *ultima ratio*, законності і вини утворюють схему, яка дає можливість перевірити, як обмежується притягнення до відповідальності, і здійснювати контроль за застосуванням державою каральної влади¹⁴⁴.

313. **Ризики порушення принципу *ultima ratio*.** Порушення принципу *ultima ratio* веде, за влучним виразом проф. В. Тулякова, до перетворення кримінального права на кримінальне «неправо» – сукупність соціальних

¹⁴⁰ Стрельцов Е. Л. Ultima ratio: современное понимание. Кримінально-правові та кримінологічні заходи протидії злочинності. Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції. 13.11.2015 року. Одеса: ОДУВС, 2015. С. 167

¹⁴¹ Там само.

¹⁴² Шевченко С. В. Місце принципу пропорційності у системі принципів криміналізації. Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія Юридична. 2020. Том 31 (70). Ч. 3. С. 80

¹⁴³ Хильгендорф Э. Пунитивное законодательство и уголовно-правовая доктрина. Скептические замечания к некоторым руководящим терминам современной теории уголовного права. Вопросы российского и международного права. 2012. № 1. С. 124.

¹⁴⁴ Там само.

норм про злочин, злочинність та реакцію на нього, котрі своєю сутністю, юрисдикційними повноваженнями, спрямованістю та/або динамікою реалізації *порушують права і свободи людини*, які захищені Конституцією країни та відповідними міжнародними актами, визнаними міжнародною спільнотою¹⁴⁵.

314. До найбільш типових варіантів можливого перетворення позитивного кримінального права у *антицінність, неправо* належать такі:

- 1) порушення законодавцем доктринальних засад криміналізації діянь людини (невідповідність природному праву, демократичним цілям і назрілим потребам прогресивного суспільного розвитку; відсутність соціальної зумовленості норм кримінального права; неадекватне, негармонійне або несвоєчасне відображення домінуючих суспільних потреб та інтересів; зловживання кримінально-правовими засобами у регулюванні та охороні суспільних відносин; надмірна «суворість» або «м'якість», неясність кримінально-правових норм тощо);
- 2) зловживання судовими та правоохоронними органами у застосуванні кримінально-правових засобів;
- 3) використання норм кримінального права як засобу політичної боротьби;
- 4) використання норм кримінального права як засобу конкурентної протидії;
- 5) незастосування норм кримінального права з політичних мотивів¹⁴⁶.

315. Подібні ризики вимагають негайної реакції держави, спрямованої на змістовне реформування основних інститутів кримінального права в світлі *правових* вимог. Адже сучасний кримінально-правовий експансіонізм розглядає як перешкоду деякі основні принципи кримінального права та прагне до їх релятивізації та елімінації, відмовляючись бачити в них досягнення багатовікової цивілізації. Фахівці вже давно і влучно підмітили тенденцію: скасування або розмиття кордонів кримінального права набагато небезпечніше, ніж скасування самого кримінального права¹⁴⁷. Знищення меж між поліцейським та кримінальним правом, які зливаються в такій галузі права, як «право публічної (громадської)

¹⁴⁵ Туляков В. О. Соціальна функція кримінального права у світі безладу. Право України. 2017. № 2. С. 75–83.

¹⁴⁶ Грищук В. К. Кримінальне право як соціальна цінність. Право України. 2017. № 2 С. 35–36.

¹⁴⁷ Стоянович З. Концепция уголовно-правового минимализма в современных условиях. Вестник Кемеровского государственного университета. Серия: Гуманитарные и общественные науки. 2018. № 1. С. 71.

безпеки», становить собою загрозу свободі суспільства¹⁴⁸. Виходом із цієї критичної ситуації може стати тільки суворе дотримання принципу *ultima ratio*.

Опрацюйте Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України на предмет визнання неконституційною ст. 3661 КК України. Чи є, на вашу думку, у цьому рішенні констатація порушення принципу *ultima ratio*?



Питання для самоконтролю

1. Розкрийте зміст принципу *ultima ratio* у кримінальному праві.
2. Який критерій покладено у основу визначення змісту принципу *ultima ratio* у кримінальному праві?
3. Окресліть та охарактеризуйте сфери застосування принципу *ultima ratio* у кримінальному праві.
4. Яку роль принцип *ultima ratio* відіграє у сучасному кримінальному праві?
5. До яких наслідків призводить порушення принципу *ultima ratio* у кримінальному праві?

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Вечерова Є. М. Функції кримінального права: нормативний вимір. *Право і суспільство*. 2018. № 2. С. 145–150.
2. Грищук В. К. Кримінальне право як соціальна цінність. *Право України*. 2017. № 2. С. 28–36.
3. Марат Ж.-П. План уголовного законодательства. Пер. с фр. Н. С. Лапшиной, под. ред. А. А. Герцензона. М.: Изд-во иностранной литературы, 1951.
4. Пашенко О. Неможливість боротьби з діянням за допомогою інших (некримінально-правових) засобів. *Національний юридический журнал*. 2015. Грудень. С. 192–197.
5. Поліщук О. М. Диспозитивність і принципи кримінального законодавства і кримінальної політики. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2015. № 5. С. 187–194.

¹⁴⁸ Хильгендорф Э. Пунитивное законодательство и уголовно-правовая доктрина. Скептические замечания к некоторым руководящим терминам современной теории уголовного права. *Вопросы российского и международного права*. 2012. № 1. С. 114.

6. Стоянович З. Концепция уголовно-правового минимализма в современных условиях. *Вестник Кемеровского государственного университета. Серия: Гуманитарные и общественные науки*. 2018. № 1. С. 66–73.
7. Стрельцов Є. Л. Деякі роздуми про правову сутність та соціальні завдання кримінального права. *Право України*. 2010. № 9. С. 102–109.
8. Стрельцов Є. Л. Кримінальне право: основні визначення. URL: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/454759.pdf>
9. Стрельцов Е. Л. Ultima ratio: современное понимание. *Кримінально-правові та кримінологічні заходи протидії злочинності. Матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції*. 13.11.2015 р. Одеса: ОДУВС, 2015. С. 167–168.
10. Туляков В. О. Соціальна функція кримінального права у світі безладу. URL: https://pravoua.com.ua/ua/store/pravoukr/pravo_ukr_2_17/Tuliakov_V_2017_2/
11. Фріс П. Л. Соціальна обумовленість необхідності створення нового Кримінального кодексу України. *Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України: матеріали міжнародної наукової конференції. м. Харків, 17–19.10.2019 року*. Харків: Право, 2019. С. 54–58.
12. Хильгендорф Э. Пунитивное законодательство и уголовно-правовая доктрина. Скептические замечания к некоторым руководящим терминам современной теории уголовного права. *Вопросы российского и международного права*. 2012. № 1. С. 111–141.
13. Шевченко С. В. Місце принципу пропорційності у системі принципів криміналізації. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія Юридична*. 2020. Том 31 (70). Ч. 3. С. 74–82.
14. Шевченко С. В. Принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права: дискусійні та малодосліджені аспекти. *Вчені записки ТНУ імені В. І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2019. Том 30 (69). № 1. С. 103–109.
15. Wendt, R., 2013. The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality. *Oñati Socio-legal Series* [online], 3 (1), 81–94. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2200873>

КЕЙСИ

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України (URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/13_p_2020.pdf)

3.2. Принцип законності

3.2.1. Lex certa

3.2.2. Non-retroactivity та lex mitior

3.2.3. Nulla poena sine lege parlamentaria

Цілі навчання. Цей підрозділ присвячений основному принципу реалізації сучасної кримінальної політики – принципу законності. Законність та доцільність, цілеспрямованість і соціальна та ідеологічна обумовленість, гнучка та диверсифікована законність в контексті судової практики Європейського суду з прав людини аналізуються в даному підрозділі. По завершенню його вивчення студенти розумітимуть зміст основних вимог принципу законності, вмітимуть застосовувати його у практичній юридичній діяльності, а також знатимуться на політичних передумовах формування кримінальної політики у демократичних суспільствах та будуть спроможні надавати релевантну оцінку ризикам авторитаризму.

Ст. 7 Європейської конвенції «Ніякого покарання без закону» містить положення щодо заборони негативної ретроактивності.

За радянських часів у судовій практиці виникла хрестоматійна ситуація застосування негативної ретроактивності кримінального закону, відома як «справа Рокотова, Файбішенко, Яковлева».

Ознайомтеся з суттю справи:

Зробіть умоглядну вправу щодо можливого застосування принципів ст. 7 ЄКПЛ до справи Рокотова, Файбішенко, Яковлева.



316. Принцип законності та його складові. Принцип законності є фундаментальною основою сучасної кримінальної політики. Вимога легітимності державного примусу забезпечує захист прав та інтересів особи, суспільства держави, обмеження та нейтралізацію свавілля і суспільно-небезпечних посягань. Кримінальне законодавство можна розглядати як законне та пропорційне лише у тому випадку, якщо кримінальне законодавство використовується для захисту основних інтересів своїх громадян. Відповідно до вимоги належного управління, законодавець повинен надати детальне обґрунтування нової кримінально-правової норми, включаючи ретельне пояснення того, чому ці інтереси розглядаються як такі, що мають принципове значення, і чому діяння, яке визнано кримінальним правопорушенням, вважається таким, що має значний негативний вплив на дані інтереси.

317. У зв'язку з цим процес рекодифікації кримінального законодавства України повинен бути розроблений з метою внесення змін, які істотно перетворюють симетрію, структуру правової регламентації Кримінального

кодексу, його інститути та механізми реалізації, з урахуванням практики застосування Європейської конвенції з захисту основних прав людини та фундаментальних свобод, та конституційної реформи в цілому.

318. При цьому необхідний перехід кримінально-правової політики держави від гармонізації та апроксимації з Європейським кримінальним правом до більш ширшого використання принципів субсидіарності та фрагментації з метою недопущення дисиміляції правової культури держави, народу, нації, втрати національної ідентичності. Це стосується джерел визначення міжнародних та транснаціональних злочинів. Прагнення влади до розмивання деліктів є способом генерації зловживань і порушень прав людини. Директивою Європарламенту 2014/42/EU¹⁴⁹ щодо заморожки та конфіскації засобів і доходів, отриманих злочинним шляхом, встановлено, що у випадку конфіскації доходів від злочинної діяльності застосовується встановлене Директивою, а не національне визначення відповідного злочину та характеристик конфіскації. Вказане є прикладом асиметрії в регламентації: опису джерел кримінального права; визначення кримінального правопорушення; визначення різниці у дефініції покарання, заходів кримінально-правового впливу, реституції та компенсації, справедливого поводження зі злочинцями та потерпілими.

319. Фахівці стверджують: «У правовій державі законність (правозаконність) є гарантією правомірності застосованого примусу. Законність гарантується системою соціальних і політико-правових факторів, до яких слід віднести: забезпечення стабільності конституційних гарантій прав людини і засадничих свобод; проведення реформування судової системи і кримінальної юстиції ... врахування вимог сучасного правового розвитку та необхідне наукове обґрунтування механізму зближення національних правових систем в умовах інтеграційного розвитку. Отже, констатуємо, що законність є найбільш адекватною формою закріплення правопорядку. Якщо закон означає офіційне визнання масштабу свободи, то законність є вимога дотримуватися такого масштабу, а режим законності – стан суспільних відносин, при якому цей рівний та відносно справедливий масштаб свободи може бути реально використаний суб'єктами права»¹⁵⁰.

320. У справі «Волков проти України»¹⁵¹ (п.п. 170, 171) ЄСПЛ спеціально звернув увагу на те, що вислів «згідно із законом» ... *стосується якості закону, вимагаючи, щоб він був доступний для зацікавленої особи, яка, окрім*

¹⁴⁹ Directive 2014/42/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 on the freezing and confiscation of instrumentalities and proceeds of crime in the European Union (OJ [2014] L 127/39).

¹⁵⁰ *Онищенко Н. М.* Принцип законності: наукові реалії сьогодення Альманах права. 2012. Вип. 3. С. 16–17.

¹⁵¹ Волков проти України. Заява № 21722/11, ЄСПЛ, 9 січня 2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947#Text

того, повинна мати можливість передбачити наслідки його дії щодо себе (рішення у справі *Kopp v. Switzerland*, п. 55)¹⁵²; «якість закону» передбачає, *inter alia*, що формулювання національного законодавства повинно бути достатньо передбачуваним, щоб дати особам адекватну вказівку щодо обставин та умов, за яких державні органи мають право вдаватися до заходів, що вплинуть на конвенційні права особи (рішення у справі *C.G. and Others v. Bulgaria*, п. 39)¹⁵³; законодавство повинно забезпечувати певний рівень юридичного захисту проти свавільного втручання з боку державних органів (рішення у справі *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, п. 46)¹⁵⁴.

321. Свого часу В. Гацелюк обґрунтував необхідність введення у науковий обіг конструкції «структура принципу кримінального права». На підставі того, що принцип законності явно виходить за межі коротких формулювань, втілюючись у кожній кримінально-правовій нормі, автор прийшов до висновку, що саме принцип законності є вдалим прикладом для висвітлення практичного втілення концепції структури принципу, під якою пропонується розуміти сукупність сталих зв'язків між елементами принципу кримінального права, які забезпечують його цілісність та тотожність самому собі. До структурних елементів принципу права було віднесено:

- 1) формулу принципу;
- 2) аспектний склад принципу кримінального права¹⁵⁵.

322. Принцип законності щодо кримінального права сформульовано у ст. 92 Конституції України, згідно з якою виключно законами України визначаються діяння, які є злочинами, та відповідальність за них, і в ст. 3 КК України, відповідно до якої «кримінальна протиправність

¹⁵² *Kopp v. Switzerland* App no. 23224/94, ECtHR, 25 March 1998. Available at: https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_23224-94

¹⁵³ *C. G. and Others v. Bulgaria* App no. 1365/07, ECtHR, 24 April 2008. Available at: http://hrlibrary.umn.edu/research/bulgaria/CG%20and%20Others_en.pdf

¹⁵⁴ *P. G. and J. H. v. the United Kingdom* App no. 44787/98 ECtHR, 25 September 2001. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=002-5500&filename=002-5500.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

¹⁵⁵ *Гацелюк В.* Реализация принципов уголовного права Украины: проблемы и перспективы: Луганск, 2003. 152 с.

Див. також: *Грек Б.* Співвідношення принципів законності, доцільності та справедливості в теорії кримінального права *Юридична Україна*. 2013. № 5. С. 92–99.; *Книженко О.* Принцип законності в контексті реформування кримінального законодавства України *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1. С. 86–91. *Олійник О. С.* Принципи кримінального права в світлі практики ЄСПЛ *Право і суспільство*. 2019. № 4. С. 254–260. *Хавронюк М. І.* 10 років чинності КК України: час закріпити принципи 10 років чинності Кримінального кодексу України: проблеми застосування, удосконалення та подальшої гармонізації із законодавством європейських країн: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., 13–14 жовтня 2011 р. Харків: Право, 2011. С. 51–56.

діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією заборонено»¹⁵⁶.

323. З часів римського права відомо, що принцип законності походить від формули «*Nullum crimen, nulla poena, sine lege*» (Нема злочину, нема покарання без вказівки на те в законі). «*Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*» – заборона застосовувати покарання за відсутності злочину; застосування покарання можливе лише на основі писаного закону. «*Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*» – заборона використання аналогії кримінальних законів для засудження винної особи; проте дозволялося використання аналогії закону для виправдання винної особи. «*Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*» – заборона ретроактивних кримінальних законів; караність і покарання мають бути легалізованими до моменту вчинення злочину. «*Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*» – заборона будь-якої невизначеності в строках покарань для уникнення ретроактивності¹⁵⁷.

324. У сучасних умовах для цілей кримінальної політики з принципу законності виводяться три основні вимоги:

- а) *вимога lex certa*. Принцип юридичної визначеності вимагає, щоб особа могла передбачити дії, за які вона буде притягнута до кримінальної відповідальності. Це означає, що кримінально-правові норми повинні чітко і однозначно визначати кримінальні правопорушення. Чим менший запас свободи на рівні імплементації, тим важливішим є те, щоб законодавчі акти задовольняли вимогу *lex certa*.
- б) *заборона негативної ретроактивності та принцип lex mitior*. Каральні положення не повинні застосовуватись із зворотною силою на шкоду правопорушнику. Кримінально-правові норми, які набувають чинності після вчинення правопорушення, але є сприятливими для злочинця (тобто згідно з якими діяння не карається або передбачає більш м'яке покарання, ніж раніше), можуть бути застосовані як підстава для засудження без вимоги неретроактивності (принцип *lex mitior*).
- в) *принцип nulla poena sine lege parlamentaria*. Компетенція щодо прийняття положень кримінально-правового законодавства залишається в юрисдикції лише Верховної Ради. Навіть інструменти гармонізації повинні бути виправданими з точки зору демократії.

¹⁵⁶ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 № 2341-III. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>

¹⁵⁷ Абрамович Р. М. Еволюція та співвідношення принципів «*Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*» та «*Ex post facto law*». НАУКОВІ ЗАПИСКИ НАУКМА. Том 129. Юридичні науки 2012. С. 59–60.

325. Для цілей кримінальної політики ці три основні вимоги виводяться з ч 2 ст. 1, ч. 1 ст. 2, ст. 3, ч. 2 ст. 4, ст. 5 КК України.

3.2.1. *Lex certa*

326. Цей принцип закріплений в ст. 7 (1) Європейської конвенції про права людини, а також ст. 49 (1) Хартії ЄС про основні права.

327. Втім, орієнтація ЄСПЛ на провідну ідею, відповідно до якої суд повинен перевірити, чи легітимна дія державного примусу та чи призначене покарання не перевищує встановлених меж у рамках ст. 7 Європейської конвенції з захисту прав людини та основоположних свобод¹⁵⁸, є результативною, коли вона спрацьовує на мікрорівні. Якщо тлумачення Конвенції оперуватиме лише ідеалістичними категоріями, а не практикою їх застосування, ефективність реалізації конвенційних гарантій прагнутиме до нуля.

328. Згідно пануючій кримінально-правовій доктрині, повна кодифікація кримінально-правових норм у національному законодавстві є обов'язковою умовою реалізації принципу законності. В українській юриспруденції це встановлено приписом ч. 3 ст. 3 КК України щодо встановлення кримінальної протиправності та караності будь-якого діяння тільки Кримінальним кодексом. Це означає, що інші нормативні акти не можуть встановлювати конститутивні характеристики злочинності та караності діяння, визначати кримінальну протиправність загалом, маючи бути врахованими лише як джерела кримінально-правового регулювання, але не як джерела кримінально-правових відносин.

329. У контексті ст. 8 Конституції України юридична визначеність забезпечує адаптацію суб'єкта правозастосування до нормативних умов правової дійсності та його впевненість у своєму правовому становищі, а також захист від свавільного втручання з боку держави.

330. Певна суперечливість цих положень виникає, по-перше, у зв'язку із колізією тлумачення змісту обсягу поняття кримінального закону та покарання у національному та міжнародному праві.

331. Ст. 7 Європейської конвенції з захисту прав людини та практика її застосування встановлюють, що «поняття «право» («law» у англійській версії), вжите у ст. 7, відповідає поняттю «закон» у інших статтях Конвенції і включає в себе як право законодавчого походження, так і судову практику, і передбачає наявність якісних умов, поміж яких доступність і передбачуваність (*Del Río Prada v. Spain*, п. 91; *S.W. v. UK*, п. 35). Сюди слід зарахувати, звичайно ж, як судові прецеденти (*ibidem*, пп. 36 і 41–43), так і підзаконні й нормативно-правові акти (пенітенціарні правила у спра-

¹⁵⁸ Guide on Article 7 of the Convention – No punishment without law – European Court on Human Rights, August, 31, 2019 26 p. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf

ві *Kafkaris v. Cyprus*, пп. 145–146). Суд має взяти до уваги внутрішнє право «в цілому», а також спосіб, у який воно застосовувалось на той час (*ibid*, п. 145; *Del Río Prada v. Spain*, п. 90)¹⁵⁹.

332. По-друге, існування автономного концепту кримінального правопорушення за «правилом Енгеля» також породжує дискусію щодо розмежування нормативних актів, які регулюють сутність злочину та покарання і кримінального проступку та стягнення (хоча, вочевидь, наразі законодавець пішов шляхом поєднання кримінальних правопорушень в один закон та заходів примусу у єдину групу). Це стосується також і джерел визначення міжнародних та транснаціональних злочинів. Вже зазначалося, що прагнення влади до розмивання деліктів створює ризики генерації зловживань і порушень прав людини.

333. По-третє, автономне розуміння поняття кримінального правопорушення та державної реакції на нього у практиці ЄСПЛ вимагає передбачуваності та обізнаності громадян у заходах кримінально-правового примусу (*Kafkaris v. Cyprus*, п. 150). Відсутність «якості закону» у визначенні правопорушення або покарання, яке має за його вчинення застосовуватись, спричиняє порушення статті 7 Конвенції. Конституційний Суд України також наголошує на важливості вимоги визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше призводить до сваволі¹⁶⁰.

334. У рішенні по справі *Welch v. UK* сформульовані основні критерії, з урахуванням яких ЄСПЛ на власний розсуд визначає, які заходи впливу на особу є покаранням. В розумінні Конвенції до них належать такі: чи відповідний захід застосовується за вчинення кримінального правопорушення; природа та цілі застосування відповідного заходу; оцінка відповідного заходу національним законодавством; процедура призначення відповідного заходу впливу; суворість впливу. У практиці з застосування ст. 4 Протоколу № 7 ЄКПЛ у справі *Haarvig v. Norway* ЄСПЛ застосував значно ширше коло критеріїв, вказавши окрім названих, ще на мету, природу та порядок призначення відповідного покарання¹⁶¹.

¹⁵⁹ Guide on Article 7 of the Convention – No punishment without law – European Court on Human Rights, August, 31, 2019 26 p. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf – p. 7.

¹⁶⁰ Рішення КСУ у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України від 26 лютого 2019 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19>

¹⁶¹ Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf; *Іскендеров Ф. III*. Теоретичні основи індивідуалізації покарання в законодавстві та доктрині деяких країн Причорноморського басейну. Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. 2017. Вип. 2. С. 105–109; *Сорока О. О.* Реалізація практики Європейського суду з прав людини у кримінальному праві України. Дис. ... к.ю.н. Спец. 12.00.08. Київ, 2015. 254 с.; *Хім'як Ю. Б.* Гармо-

335. Автономна концепція поняття «покарання» у практиці ЄСПЛ передбачає, що покарання переслідує подвійну мету – покарання і стримування від вчинення нових злочинів (*Ezeh and Connors v. UK*¹⁶²). Хоча це не виключає, що покарання може бути спрямоване на досягнення кількох цілей, поряд з карою та запобіганням це може бути ще й відшкодування. Якщо метою застосування певного заходу примусу є лише захист суспільства від порушника, ЄСПЛ не оцінюватиме його як покарання у розумінні Конвенції.

336. Для забезпечення ефективності захисту, забезпеченої відповідно до статті 7 ЄКПЛ, Суд має бути вільним та виходити за рамки стандартної моделі і самостійно оцінювати, чи є конкретною мірою захід «покарання» за «кримінальне правопорушення».

337. Інші фактори можуть вважатися відповідними в цьому відношенні: характер і мета міри (особливо її каральна мета), її класифікація відповідно до національного законодавства, процедури, пов'язані з його прийняттям і виконанням, і ступенем тяжкості (*Del Río Prada v. Spain*¹⁶³). Проте ЄСПЛ каже, що жорсткість заходу не є вирішальною сама по собі, оскільки багато дисциплінарних заходів, що мають превентивний характер, можуть мати суттєвий вплив на особу, ЄСПЛ, зокрема, визначив наступні заходи як:

- «штрафи»: наказ про конфіскацію у зв'язку з провадженням кримінального правопорушення; заходи, що передбачають позбавлення волі у якості гарантії сплати штрафу (*Jamil v. France*, п. 32); адміністративний штраф, встановлений у справі будівництва, еквівалентний 100% цінності неправомірно споруджуваної будівлі (*Valico SLR v. Italy*); конфіскація землеволодіння на підставі незаконного будівництва, призначеного кримінальним судом, тощо;
- превентивне затримання, призначене судом першої інстанції після засудження за тяжкі злочини, беручи до уваги превентивний і навіть каральний характер, спосіб виконання та необмежена тривалість;
- заміна тюремного ув'язнення із заборонаю на проживання у певній місцевості протягом десяти років; постійна заборона на заняття певною діяльністю, призначена судом як додаткове покарання.

нізація кримінального права України з практикою Європейського суду з прав людини. Дис. ... к.ю.н. Спец. 12.00.08. Київ, 2011. 261 с. ; *Хилюк С. В.* «Злочин і кара» у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Часопис Академії адвокатури України. Т. 8. № 4(29). 2015. С. 108–125 ; *Шевчук С.* Судовий захист прав людини: Практика Європейського Суду з прав людини у контексті західної правової традиції. Київ: Реферат, 2007. 848 с.

¹⁶² *Ezeh and Connors v. UK* App nos. 39665/98 and 40086/98 42750/09, ECtHR, 9 October 2003. URL: https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_39665-98_001-61333

¹⁶³ *Del Río Prada v. Spain*. App no. 42750/09, GC ECtHR, 21 October 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-127697>

338. Разом з цим, з поняття покарання практика ЄСПЛ виключає:

- примусові заходи медичного характеру, які мають превентивну ціль застосування;
- включення фізичної особи до поліцейського або судового реєстру сексуальних або жорстоких правопорушників;
- обмеження займатися незаконною діяльністю;
- превентивну заборону проживання (на додачу до тюремного ув'язнення);
- адміністративну висилку або заборону проживання;
- передачу засудженої особи в іншу країну за додатковим протоколом до Конвенції Ради Європи про передачу правопорушників;
- порядок конфіскації майна, що належить організаціям мафіозного типу;
- спеціальний поліцейський нагляд або домашній арешт;
- відкликання парламентського мандата депутата;
- імпічмент президента, тощо¹⁶⁴.

339. Звідси в дискусії щодо розмежування злочинів та кримінальних проступків, покарань та стягнень важливе формулювання чітких критеріїв їх відокремлення один від одного (причому не тільки з точки зору суспільної небезпеки правопорушення та покарання за нього).

340. Відома позиція Європейського суду з прав людини щодо автономності покарання. Встановлено, що «Суд має не вагаючись виходити поза зовнішню видимість і самостійно вирішувати, чи певний захід за своєю суттю є «покаранням» у розумінні ст. 7 Конвенції. Точкою відліку для будь-якої оцінки щодо існування «покарання» є визначення того, чи даний захід було накладено внаслідок визнання винним у кримінальному «правопорушенні». У зв'язку з цим можуть виявитись належними й інші складові: характер і мета даного заходу (зокрема, репресивна мета), його внутрішньо-правова кваліфікація, провадження, пов'язане з його постановленням і виконанням, а також його тяжкість (Welch v. UK, п. 28; Del Río Prada v. Spain, п. 82). Проте тяжкість заходу сама по собі не є вирішальною, оскільки численні некримінальні заходи превентивного характеру можуть мати вагомі наслідки для відповідної особи»¹⁶⁵.

341. З одного боку, це вимагає передбачуваності та обізнаності громадян щодо заходів кримінально-правового примусу (Kafkaris v. Cyprus,

¹⁶⁴ Guide on Article 7 of the European Convention on Human Rights. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_ENG.pdf

¹⁶⁵ Довідник із застосування статті 7 Європейської конвенції з прав людини. Страсбург, URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_UKR.pdf

ECtHR, п. 150). З іншого боку, принцип *lex certa* може бути тлумаченим на користь держави у випадку презумпції обізнаності (Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland, ECtHR, п. 88), або загалом бути відданим на розгляд місцевого суду (Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson, ECJ, п. 50)¹⁶⁶.

342. У справі *Cantoni v. France* було показано, що стаття 7 ЄКПЛ втілює, зокрема, принцип, згідно з яким лише законом встановлюється злочин і визначається покарання, та принцип, відповідно до якого закон не повинен тлумачитися широко, на шкоду обвинуваченому, наприклад, за аналогією. З цього випливає, що правопорушення має бути чітко визначене законом. Ця вимога виконується, коли особа може дізнатися з формулювання відповідного положення, і, за необхідності, судового тлумачення, які дії чи бездіяльність тягнуть за собою притягнення до кримінальної відповідальності (п. 29)¹⁶⁷.

343. В теоретичних та практичних розвідках у галузі публічного права юридичну визначеність необхідно розуміти через такі її складові: чіткість, зрозумілість, однозначність норм права; право особи у своїх діях розраховувати на розумну та передбачувану стабільність існуючого законодавства та можливість передбачати наслідки застосування норм права (легітимні очікування).

У справі Кононов проти Латвії ЄСПЛ зазначив, що: «У 1944 році міжнародні закони і звичаї війни були вже самі по собі достатніми для встановлення індивідуальної кримінальної відповідальності, отже, те, що на той час національне законодавство не посилалось на них, не може бути вирішальним. Вони становили детальні положення *lex specialise*, котрі фіксували характеристики злочинної поведінки у військовий час, які стосувалися, перш за все, збройних сил, особливо командирів.



З огляду на статус командуючого бойового офіцера, від заявника логічно було очікувати особливо уважного ставлення до оцінки ризиків, які могла спричинити операція у Мазе Баті. Навіть найповерховіші розмірковування заявника підтвердили б, що спірні діяння, принаймні, ризикують суперечити законам і звичаям війни, як їх розуміли на той час, і, зокрема, можуть бути військовим злочином, за який він, як командир, ніс би особисту і кримінальну відповідальність.

¹⁶⁶ *Agnė Andrijauskaitė*. The Case of Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland: Between Two Paradigms of Punishment. 19 February, 2021. URL: <https://strasbourgobservers.com/2021/02/19/the-case-of-gestur-jonsson-and-ragnar-halldor-hall-v-iceland-between-two-paradigms-of-punishment/> ; Åklagaren v. Hans Åkerberg Fransson. ECJ Case C-617/10. 23 February 2013. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62010CJ0617>

¹⁶⁷ *Cantoni v. France*, App no. 17862/91, 11 November 1996, ECtHR. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58068>

Суд відхилив скаргу заявника стосовно того, що його кримінальне переслідування було політично непередбачуваним, оскільки для держави- правонаступниці законно і передбачувано розпочати кримінальне переслідування осіб, які скоїли злочини за попереднього режиму.

Суди- правонаступники не можна критикувати за застосування і інтерпретацію правових норм, чинних на час подій, що відбувалися за попереднього режиму, але тільки у світлі принципів, якими керується держава, де панує верховенство права, і спираючись на засадові принципи, на яких побудована система Конвенції, особливо стосовно права на життя. Такі принципи застосовуються до зміни режиму, яка відбулась у Латвії після здобуття незалежності».

З вашої точки зору, наскільки визначеність та передбачуваність злочину законами та звичаями війни відповідає національному законодавству та законним очікуванням суб'єкта відповідальності?

344. Таким чином, юридична визначеність передбачає, що законодавець повинен прагнути до чіткості та зрозумілості у викладенні норм права. Кожна особа відповідно до конкретних обставин має орієнтуватися в тому, яка саме норма права застосовується у певному випадку, та мати чітке розуміння щодо настання конкретних правових наслідків у відповідних правовідносинах з огляду на розумну та передбачувану стабільність норм права. Законні очікування є одним із проявів справедливості у праві й передбачають юридичну визначеність правового регулювання щодо суб'єктів права. В аспекті ст. 8 Конституції України юридична визначеність означає несуперечливість такого регулювання та недопустимість його зміни з порушенням засадничих принципів права.

345. У контексті верховенства права юридична визначеність спрямована на забезпечення чіткості змісту норм права. Законні очікування – невід'ємна частина юридичної визначеності – виникають унаслідок законодавчої діяльності парламенту і полягають у тому, що якщо особа очікує досягнення певного результату, діючи відповідно до норм права, то має бути гарантований захист цих очікувань¹⁶⁸. Невизначеність у законодавстві дає свободу виконавчим органам виконувати закон відповідно до їх власного тлумачення, якщо це не врегульовано судовим рішенням. Цей принцип пов'язує як законодавчу, так і судову владу. Насправді судові органи повинні робити таке тлумачення норми, щоб зробити її очікуваною.

¹⁶⁸ Рішення Конституційного Суду України (Велика палата) у справі за конституційним поданням 62 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Указу Президента України «Про дострокове припинення повноважень Верховної Ради України та призначення позачергових виборів» від 20 червня 2019 року № 6-п/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-19#Text>

3.2.2. Non-retroactivity та lex mitior

346. Згідно з чч. 3, 4 ст. 3, ст. 5 КК України принцип законності у кримінальному праві означає, зокрема:

- а) що жодним іншим законом, крім КК (а тим більше підзаконним актом), не може визначатися, що саме є кримінальним правопорушенням, встановлюватися види і розміри покарання за нього, а також умови, за яких є можливими звільнення від кримінальної відповідальності чи від покарання, визначатися інші кримінально-правові наслідки його вчинення тощо;
- б) що забороняється застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією;
- в) що ретроактивність кримінального закону визначається таким чином, що закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

347. Статтею 1.4.2. проєкту нового КК України «Зворотна дія Кримінального кодексу України в часі» встановлюється:

«1. Зворотною дією цього Кодексу в часі є застосування до особи положень цього Кодексу, що набули чинності після вчинення особою діяння, якщо кримінально-правові відносини цієї особи з державою ще не припинені.

2. Положення цього Кодексу, якими скасовано кримінальну відповідальність за діяння, пом'якшено покарання чи інші кримінально-правові засоби або іншим чином поліпшено правовий статус особи, має зворотню дію в часі.

3. Положення цього Кодексу, якими встановлено кримінальну відповідальність за діяння, посилено покарання чи інші кримінально-правові засоби або іншим чином погіршено правовий статус особи, не має зворотної дії в часі.

4. Положення цього Кодексу, якими частково пом'якшено покарання чи інші кримінально-правові засоби або іншим чином поліпшено правовий статус особи, а частково посилено їх або іншим чином погіршено правовий статус особи, має зворотню дію в часі тільки в тій частині, в якій він пом'якшує покарання чи інші кримінально-правові засоби або іншим чином поліпшує правовий статус особи.

5. Якщо після вчинення особою діяння, передбаченого цим Кодексом, його положення змінювалися кілька разів, зворотню дію в часі мають ті положення, якими скасовано кримінальну відповідальність за діяння,

пом'якшено покарання чи інші кримінально-правові засоби або іншим чином поліпшено правовий статус особи»¹⁶⁹.

348. Як бачимо, на відміну від чинного кодексу, проєкт КК України ретельно виписує особливості застосування принципу ретроактивності не тільки покарання, але й передбачених законом інших правових засобів. Саме засоби кримінально-правового впливу (безпеки, превенції, соціального захисту, реституції та компенсації) в окремих випадках можуть бути застосованими у зв'язку із скоєнням злочину, проте окремо від нього.

349. Відома позиція Конституційного суду України, який у справі щодо конституційності спеціальної конфіскації як окремого кримінально-правового засобу з'ясував співвідношення конфіскації майна зі спеціальною конфіскацією та вказав, що конфіскація майна полягає у примусовому безоплатному вилученні майна, що є власністю засудженого. Унаслідок чого конфіскація майна є видом покарання, застосування якого має на меті покарання винного, його виправлення й запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень цією та іншими особами. Натомість спеціальна конфіскація застосовується у разі, коли майно вилучається в особи, яка не є власником або добросовісним володільцем такого майна, а тому цей захід впливу на особу має некаральний характер.

350. При усій контроверсійності оцінки некаральної сутності спеціальної конфіскації Конституційним судом України, зазначимо, що позиція щодо розмежування покарання та інших засобів є прийнятною, та виходить із принципу домірності. «Конституційний Суд України виходить з того, що принцип домірності (пропорційності) у сфері кримінального права проявляється, зокрема, у тому, що застосовані види покарання та (або) інші заходи кримінально-правового характеру мають бути домірними. Ця вимога є загальною, стосується всіх випадків застосування видів покарань, інших заходів кримінально-правового характеру, у тому числі й спеціальної конфіскації».

351. Нетотожність покарання та кримінально-правових заходів у контексті негативної ретроактивності доповнюється ще й концептом «погіршення загальних умов». У цитованій раніше справі «Дель Ріо Прада проти Іспанії» Велика палата ЄСПЛ вирішила, що у випадку погіршення умов можливостей звільнення від відбування покарання «заходи, прийняті законодавцем, адміністративними органами чи судами після призначення остаточного покарання або під час відбування покарання, можуть призвести до перегляду визначення або зміни меж «покарання», призначеного судом». Якщо таке трапиться, Суд вважає, що відповідні заходи повинні

¹⁶⁹ Проєкт нового Кримінального кодексу. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/06/01/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-31-05-2021.pdf>

підпадати під сферу заборони ретроактивного застосування покарань, передбаченої в ч. 1 ст. 7 ЄКПЛ. Інакше держави змогли б вільно – наприклад, шляхом внесення змін до законодавства або перегляду тлумачення встановлених норм, – вживати заходи, які ретроактивно переглядають межі призначеного покарання на шкоду засудженому, який не міг передбачити такий розвиток подій на момент скоєння злочину або призначення покарання. За таких умов ст. 7 Конвенції була би позбавлена будь-якої корисної дії для засуджених осіб, межі покарань яких було постфактум змінено не на їхню користь. ЄСПЛ зазначає, що такі зміни слід відрізняти від змін, внесених до способу відбування покарання, які не потрапляють у сферу застосування ст. 7 Конвенції»¹⁷⁰.

352. У такому контексті розвитку підходів до збільшення чи зменшення терміну покарання Суд також зазначив, що «аби встановити, чи мало місце ретроактивне призначення покарання на шкоду обвинуваченому, слід врахувати усю можливість санкції (максимальне і мінімальне покарання), що застосовується у кожному Кримінальному кодексі. Так, наприклад, навіть якщо призначене заявнику покарання входить у межі санкцій, передбачені обома потенційно чинними Кримінальними кодексами, достатньо самої лише можливості застосування легшого покарання на підставі мінімальної легшої санкції, передбаченої Кримінальними кодексом, аби констатувати порушення ст. 7 (Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, пп. 65–76)¹⁷¹.

353. Відповідно кримінально-правова норма має зворотну дію в часі в тій її частині, в якій вона пом'якшує або скасовує відповідальність особи. Це стосується випадків, коли в диспозиції норми зменшено коло предметів посягання; виключено із складу злочину певні альтернативні суспільно-небезпечні наслідки; обмежено відповідальність особи шляхом конкретизації в бік звуження способу вчинення злочину; звужено зміст кваліфікуючих ознак тощо¹⁷². Розгляд особливостей судової практики застосування вказаних положень ст. 5 КК України було надано Верховним Судом¹⁷³.

¹⁷⁰ Case of Del Rio Prada v. Spain, App no. 42750/09, 21 October 2013, ECtHR. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-127697&filename=001-127697.pdf&TID=qkthwizmc>

¹⁷¹ Довідник із застосування статті 7 Європейської конвенції з прав людини. Страсбург, URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_UKR.pdf

¹⁷² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України (справа про зворотну дію кримінального закону в часі) від 19 квітня 2000 року № 6-рп/2000.

¹⁷³ Практика застосування Верховним Судом України положень Загальної частини Кримінального кодексу України [уклад. О. П. Горох]; За заг. ред. А. А. Музики. – К.: «Центр учбової літератури», 2017. 524 с.

У справі *Berardi and Mularoni v. San Marino*, ECtHR, заявники стверджували, що кримінальний закон був застосований до них з порушенням вимоги зворотної сили, оскільки вони були визнані винними в хабарництві відповідно до формулювання кримінальної заборони, яка на той час ще не діяла. Звертаючи увагу на те, що поведінка заявників охоплювалася як старою, так і новою статтями кримінального закону, а також враховуючи те, що обидва положення закону передбачали однаково покарання, Суд вважає, що той факт, що кримінальне правопорушення фактично було охарактеризоване як таке, що вчинялось безперервно, не має відношення до цієї справи (п. 56).



Проаналізуйте це рішення Суду з точки зору контексту заборони ретроактивності та передбачуваності незаконного збагачення.

3.2.3. *Nulla poena sine lege parlamentaria*

354. У ст. 23 «*Nulla poena sine lege*» Римського Статуту МКС проголошено, що особа, яка визнана Міжнародним кримінальним судом винною, може бути покарана тільки відповідно до положень Статуту¹⁷⁴. У доповнення до цього в теорії сучасного права встановлено, що закон про покарання повинен не тільки формулювати характеристику злочинного діяння, а й встановлювати обставини звільнення від покарання, передбачати обставини, які обтяжують або пом'якшують відповідальність.

355. Ст. 7 ЄКПЛ вимагає існування правових підстав для визнання винним у вчиненні кримінального правопорушення і призначення покарання. Завдання Суду полягає у тому, аби переконатись, що на момент скоєння обвинуваченим діяння, яке стало причиною для переслідування і визнання винним, існувало правове положення, котре робило таке діяння караним, і що призначене покарання не перевищувало межі, встановлені цим положенням (*Del Río Prada v. Spain*, п. 80).

356. Принцип передбачення законом злочинів і покарань вимагає, аби правопорушення і покарання за їх скоєння були чітко визначені у законі. Поняття «закон» у розумінні ст. 7, як і у інших статтях Конвенції, передбачає якісні умови, зокрема щодо доступності і передбачуваності (*Kafkaris v. Cyprus*, п. 140; *Del Río Prada v. Spain*, п. 91; *Perinçek v. Switzerland*, п. 134).

357. Якісні умови мають бути виконані як щодо визначення правопорушення (*Jorgic v. Germany*, пп. 103–114), так і щодо покарання за його скоєння або щодо його міри. Відсутність «якості закону» щодо визначення правопорушення або покарання, котре має за нього застосовуватись, спричиняє порушення ст. 7 Конвенції (*Kafkaris v. Cyprus*, пп. 150 і 152)¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Римський статут Міжнародного кримінального суду. URL: [https://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute\(r\).pdf](https://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf)

¹⁷⁵ Довідник із застосування статті 7 Європейської конвенції з прав людини. Страсбург. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_7_UKR.pdf

358. Оскільки кримінальне право є найбільш суворим з інститутів державного контролю, то в демократичному суспільстві це повинно бути виправдано посиленням на виключну компетенцію держави щодо прийняття кримінально-правових норм. Це означає, що навіть інструменти гармонізації із законодавством ЄС повинні бути демократично виправданими. З метою досягнення задовільного рівня демократичної легітимності апроксимація положень наднаціонального законодавства повинна йти вкрай обережливо.

359. Завдання кримінального права в утилітарному, легістському сенсі – охорона конституційних норм і принципів. По суті справи, КК – це Конституція з санкціями. Саме тому незавершеність процесу конституційної реформи, нестабільність регулювання відносин будуть приводити до закономірної неефективності та паліативної рекодифікації кримінального законодавства, до формування нового комплексу тимчасових «мертвих» норм.

360. На жаль, сьогодні в державі простежується тенденція до надмірної криміналізації, коли методи кримінально-правового впливу розглядаються в якості базових для державного контролю над девіаціями. Вибірковий характер криміналізації діянь, пов'язаний з процесуальною і управлінською недоказаністю конкретних посягань, веде до соціальної несправедливості, до селективної юстиції, коли бідних відправляють за ґрати, а можновладці відкуповуються.

361. Це призводить до системних порушень прав людини, до формування стигматизованих як потенційні злочинці громадських груп, спотворення стереотипів та ідеалів права і справедливості, до «вихолощення» профілактичної та каральної функції кримінально-правової заборони.

362. Таким чином, чіткі вказівки щодо значимості суверенітету держави та механізмів обмеження державного свавілля, акцентуація на підходах до криміналізації з урахуванням шкоди особистим і суспільним інтересам обумовлюють в національному праві структуру майбутнього вчення про криміналізацію і систему модельного Кримінального кодексу та дозволяють забезпечити наочну значущу реалізацію принципу законності в діяльності законодавчої влади.

Питання для самоконтролю

1. Які форми реалізації принципу законності існували у римському праві?
2. Якою є дія кримінального закону в контексті Європейської конвенції з прав людини та національного законодавства?
3. Що означає автономність використання поняття злочину та покарання у практиці ЄСПЛ?

4. Що таке автономність виконання покарання у порівнянні з іншими кримінально-правовими засобами?
5. Що таке позитивна ретроактивність і як вона може бути застосована?
6. Як Конституційний суд України характеризує правову визначеність у кримінальному праві?
7. Що таке принцип домірності у кримінальному праві?
8. Як діє принцип заборони застосування негативної ретроактивності у практиці ЄСПЛ?

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.07.2006 р. № 3477-IV
2. Брич Л. П. Питання кримінального права у рішеннях Європейського Суду з прав людини *Практика Європейського Суду з прав людини: загальнотеоретичні дослідження* / Львів: Край, 2009. – 152 с. – С. 87–108.
3. Броневицька О. М. Відповідність кримінального законодавства України чинним міжнародним договорам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Львів. держ. ун-т внутр. справ. Л., 2011. 18 с.
4. Буценко А., Сапожнікова О., Шинкаренко О. «Precedent UA – 2015» – К. : КВІЦ, 2015. – 412 с.
5. Гацелюк В. О. Реалізація принципу законності кримінального права України (загальні засади концепції): [моногр.] / В. О. Гацелюк. Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. 280 с.
6. Манукян В. І. Європейський суд з прав людини: право, прецеденти, коментарі: наук.-практ. посіб. К.: Істина, 2007. 368 с.
7. Панов Н. И. Принцип правовой определенности в практике Европейского суда по правам человека и проблемы качества уголовного законодательства Украины *Проблемы законности* : сб. науч. тр. – Харьков : Нац. юрид. ун-т им. Ярослава Мудрого, 2015. Вып. 128. С. 8–20.
8. Сорока О. О. Реалізація практики Європейського суду з прав людини у кримінальному праві України. Дис. ... к.ю.н. Спец. 12.00.08 Київ, 2015. 254 с.
9. Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України: навч. посіб. / М. В. Мазур, Є. Р. Тагієв, А. С. Беніцький, В. В. Кострицький. Луганськ: Луг. держ. ун-т внутр. справ, 2006. 600 с.
10. Фулей Т. І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. К., 2015. 208 с.

11. Хилюк С. В. Lex stricta як складова принципу законності у кримінальному праві в інтерпретації Європейського суду з прав людини *Часопис Академії адвокатури*. 2014. № 3. С. 92–104.
12. Хилюк С. В. Nulla poena sine lege як складова принципу законності у практиці Європейського суду з прав людини *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 334–345.
13. Хилюк С. В. Кримінально-правові аспекти правила non bis in idem у практиці Європейського Суду з прав людини *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2012. Вип. 55. С. 254–265.
14. Хилюк С. В. Правила дії правових положень про злочин та покарання в часі з урахуванням практики Європейського суду з прав людини *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2014. Вип. 60. С. 270–277.
15. Хилюк С. В. Правило nullum crimen sine lege в інтерпретації Європейського суду з прав людини *Підприємництво, господарство і право*. 2013. № 4. С. 47–52.
16. Digest of the European Court for Human Rights jurisprudence on core international crimes URL: https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/Partners/Genocide/2017-09_Digest-of-European-Court-for-Human-Rights-jurisprudence-on-core-international-crimes_EN.pdf

КЕЙСИ

1. Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina. App nos. 2312/08 and 34179/08, GC, ECtHR, 18 July 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-122716>
2. Kononov v. Latvia. App no. 36376/04, GC, ECtHR, 17 May 2010. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-117950>
3. Melnik v. Ukraine. App no. 72286/01, ECtHR, 28 June 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72886>
4. Serkov v. Ukraine. App no. 39766/05, ECtHR, 07 October 2011. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105536>
5. Koretskyu and Others v. Ukraine. App no. 40269/02, ECtHR, 03 April 2008. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85679>
6. Vinter and others v. The United Kingdom. App nos. 66069/09, 130/10 and 3896/10. GC. ECtHR. 9 July 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-122664>
7. László Magyar v. Hungary. App no. 73593/10, ECtHR, 13 October 2014. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-144109>

8. *Hutchinson v. the United Kingdom*. App no. 57592/08. ECtHR, 17 January 2017. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-170347>
9. *Petukhov v. Ukraine (No 2)*. App no. 41216/13, ECtHR, 12 March 2019. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-198296>
10. *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland*. App nos. 68273/14 and 68271/14, ECtHR, 22 December 2020. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-207115>

3.3. Принцип субсидіарності. Право на життя та межі субсидіарності

Цілі навчання. Цей підрозділ присвячений дослідженню принципу субсидіарності та його впливу на характер і межі державного втручання в права людини, а також реалізації права на життя у сучасних умовах з точки зору практики ЄСПЛ та змісту принципу субсидіарності. Сутнісні характеристики обмеження судового тлумачення та дискреції у делікатній сфері охорони життя пов'язані саме із субсидіарністю судової практики ЄСПЛ. Після вивчення підрозділу студенти розумітимуть сутність принципу субсидіарності і його місце в юриспруденції ЄСПЛ, а також його роль в питанні захисту права на життя.

363. Сучасні держави світу на національному та наднаціональному (міжнародному) рівні зацікавлені у гарантуванні та забезпеченні належного захисту прав людини, що значною мірою дозволяє підтримувати свій статус та авторитет на міжнародній арені.

Ознайомтеся, будь-ласка, з основними підходами щодо співвідношення статусу національного (локального) права та міжнародного (регіонального) в окремо взятій державі. Чи надається пріоритетне становище міжнародному праву в правових системах країн-членів ЄС? У випадку переваги національного права над міжнародним, як, на вашу думку, буде вирішуватися державою питання застосування практики європейських судів загалом?



Під час аналізу питання рекомендується звернути увагу на юридичну аргументацію у рішенні Суду Справедливості ЄС (CJEU) в справі «European Commission v. Republic of Poland» (Case C-619/18) та заяву Єврокомісії щодо даного рішення, які стосувалися питань невиконання державою-членом зобов'язань, верховенства права та ефективного судового захисту у сферах, що охоплюються правом ЄС.



364. Субсидіарність і виклики національним суверенітетам. В ідеалі захист прав і свобод особи в першу чергу має здійснюватися на рівні національного режиму правового регулювання, а міжнародні інструменти (органи) мають доповнювати такий механізм, але в жодному разі не виступати повним або частковим субституттом.

365. Нині використання санкцій, пов'язаних з порушенням прав людини та конфліктами, зростає експоненціально. Розвиток даної тенденції відбувся після прийняття глобальних режимів санкцій по «справі Магнітського»¹⁷⁶, спрямованих проти окремих порушників прав людини та організацій, якими вони володіють або контролюють. А з початком російсько-української війни сотні осіб і численні корпорації були визначені країнами як об'єкти санкцій, що призвело до заморожування їх активів і обмеження доступу до глобальних фінансових і торгових систем. Російський уряд у відповідь запровадив власний пакет санкцій. Деякі експерти висунули ідею, що шляхом застосування санкцій до олігархів та інших високопосадовців буде чинитися невійськовий тиск на сторони для досягнення мирного врегулювання та припинення конфлікту. Серед інших обґрунтувань називається застосування санкцій до приватних активів, які мають пряме відношення до злочинної діяльності та/або воєнних злочинів в Україні. Такі заходи вживаються, оскільки як Росія, так і Україна переслідують і засуджують обвинувачених воєнних злочинців, а МКС розпочав розслідування ситуації в Україні щодо воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду¹⁷⁷.

366. Видається, що такий ефективний механізм будується саме на принципі *субсидіарності*, тобто доповненні національних механізмів захисту додатковим міжнародним, зокрема, на прикладі діяльності МКС та ЄСПЛ. Юрисдикційні повноваження МКС засновані на принципі комплементарності і певною мірою впливають на характеристики системи правосуддя країни. ЄСПЛ працює у автономному режимі і спирається на принцип субсидіарності. Оскільки ЄСПЛ розглядає не тільки основний текст, але й Преамбулу ЄКПЛ як нормативний базис для правозастосування та правотворчості при розробці правових позицій, то слід звернути особливу увагу на зміст ст. 1 Протоколу № 15 до ЄКПЛ (ратифікований в Україні в 2017 р.), де зазначено про інтродукцію останнього абзацу до Преамбули ЄКПЛ:

367. *«Підтверджуючи, що Високі Договірні Сторони, відповідно до принципу субсидіарності, несуть основну відповідальність за забезпечення прав і свобод, визначених у цій Конвенції та протоколах до неї, користуються при цьому свободою розсуду, яка є предметом юрисдикції Європейського суду з прав людини, створеного цією Конвенцією, щодо здійснення нагляду».*

¹⁷⁶ «Список Магнітського» URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Список_Магнітського

¹⁷⁷ Sara Elizabeth Dill, Layla Abi-Falah. Options for a Peace Settlement in Ukraine: Options Paper VIII – Sanctions in the Ukraine–Russian War: Proposed Solutions for the Peace Process and War Crimes Prosecutions. URL: <http://opiniojuris.org/2022/06/24/options-for-a-peace-settlement-in-ukraine-option-paper-viii-sanctions-in-the-ukraine-russian-war-proposed-solutions-for-the-peace-process-and-war-crimes-prosecutions/>

368. Таким чином, після прийняття Протоколу № 15 до ЄКПЛ в 2015 р., принцип субсидіарності, який фактично застосовувався ЄСПЛ з початку його діяльності, знайшов своє нормативне втілення в якості основоположного базисного принципу функціонування.

369. Традиційне розуміння принципу субсидіарності, передбачає не стільки пряме трактування діяльності ЄСПЛ як додаткового судового засобу, скільки допоміжного, тобто такого, що застосовується у випадках вичерпання усіх можливих національних засобів правового захисту (проходження всіх судових інстанцій згідно внутрішнього законодавства держави).

370. ЄСПЛ не поділяє тезис про те, що є найвищою судовою інстанцією, яка доповнює національну систему судоустрою, адже ЄСПЛ у своїй практиці спирається на ЄКПЛ та Протоколи до неї, а національне локальне законодавство держави ним лише враховується та оцінюється на предмет відповідності його власній попередній судовій практиці. Крім цього, принцип субсидіарності передбачає спільність відповідальності держав-учасниць та ЄСПЛ¹⁷⁸.

371. Субсидіарність в практиці ЄСПЛ. Субсидіарність в контексті практики застосування ЄКПЛ має практичний та теоретичний аспекти¹⁷⁹.

372. В *практичному аспекті* ЄСПЛ не може виконувати функції апеляційної або касаційної інстанції, і через це не може настільки ж детально, як національні судові органи, вивчати фактичні обставини справи. Разом з цим, чим серйознішим видається заявлене аплікантом обвинувачення у порушенні його прав і свобод, тим більш ґрунтовною має бути фактична база. Лише у виключних випадках очевидної невідповідності встановлених національними судами фактів наданим заявником доказам ЄСПЛ може відступити від цього правила.

373. Так, у рішенні в справі Дубецька проти України¹⁸⁰ Суд указує: «Якщо скарги пов'язані з політикою держави щодо промислових забруднювачів, як це має місце в даній справі, Суд може переглядати наявні рішення по суті і робити висновок про явну помилку. Однак складність проблематики, пов'язана з екологічною політикою, відводить Суду насамперед допоміжну, а не основну роль. Він повинен спочатку вивчити питання про те, чи

¹⁷⁸ URL: <https://roseurosud.org/espch/dopolnitelnyj-protokol-n-15-k-konventsii-o-zashchite-prav-cheloveka-i-osnovnykh-svobod>

¹⁷⁹ Музичук К. С. Значення принципу субсидіарності в дотриманні демократії Східноєвропейський національний університет імені Лесі Українки, Україна, Луцьк. url: <https://oaji.net/articles/2015/1739-1435662258.pdf>; Юдківська Г. Ю. Деякі проблеми застосування практики Європейського суду з прав людини в Україні (виступ на міжнародній конференції). Право України. 2011. № 7. С. 74–79.

¹⁸⁰ Dubetska and others v. Ukraine, App no. 30499/03, ECtHR, 10 February 2011. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103273>

був процес прийняття рішень справедливим, і лише у виняткових випадках він може вийти за межі цих кордонів і переглянути рішення по суті, прийняті національними органами» (п. 142)¹⁸¹.

374. Фактично ЄСПЛ бачить свою роль в оцінці роботи національних судових органів з тлумачення національного законодавства згідно правових позицій Європейського суду, положень ЄКПЛ та Протоколів до неї.

375. *Теоретичний аспект принципу субсидіарності* пов'язаний першочергово з обсягом дискреції ЄСПЛ. Оскільки права і свободи, гарантовані Конвенцією, є дітищем демократичного суспільства, поняття демократії і верховенства закону є взаємопов'язаними в тлумаченні ЄКПЛ. За логікою прецедентів Суду, обрані в демократичному порядку влади держав-учасниць Конвенції наділені відповідною легітимністю, що вимагає від міжнародного суду, яким є Європейський суд, певного самообмеження (self-restraint) при оцінці того, чи є втручання в здійснення захищених Конвенцією прав і свобод «необхідним у демократичному суспільстві», і дає державі відповідне «поле оцінки» (margin of appreciation) (або, як дане словосполучення представлене в низці перекладів, «межі розсуду»).

376. Будь-які форми подібного втручання повинні, по-перше, бути передбачені законом, а не довільним розсудом посадових осіб, а по-друге, переслідувати легітимну мету (наприклад, дотримання балансу приватного та загального інтересу). Зрозуміло, що межі такої оцінки не є нескінченними і не можуть виходити за рамки демократичного процесу¹⁸².

377. Доктрині «межі розсуду» присвячено значну кількість літератури, як схвального, так і критичного характеру. При цьому слід чітко уявляти, що її застосування неприпустимо щодо так званих абсолютних прав – права на життя (ст. 2), права не зазнавати катування (ст. 3), прав не бути присилуваним виконувати примусову чи обов'язкову працю (ст. 4).

378. З набранням чинності Протоколу № 15 до ЄКПЛ правоздатність Європейського суду вже юридично обмежується обов'язковими межами розсуду, які повинні бути дотримані на національному рівні, перш ніж у заявника з'явиться право на звернення за захистом своїх прав, перерахованих у Конвенції та протоколах до неї, до Європейського суду.

¹⁸¹ *Кретова І. Ю.* Тлумачення права: доктрини, розвинуті Європейським судом з прав людини [Текст] : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Кретова Ірина Юріївна ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015. 20 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Kretova/d_Kretova.pdf

¹⁸² *Зенин А. А.* Дополнительный протокол № 15 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод // Международное правосудие. 2014. № 2. С. 86–98. URL: <https://roseurosud.org/espch/dopolnitelnyj-protokol-n-15-k-konventsii-o-zashchite-prav-cheloveka-i-osnovnykh-svobod>

379. Принцип субсидіарності, його межі та право на життя. Як вже зазначалося, принцип субсидіарності має свої обмеження у сфері абсолютного права людини на життя (ст. 2 ЄКПЛ). Фахівці визначають, що сфера застосування ст. 2 Конвенції включає в себе: усі випадки насильницької смерті чи зникнення особи; розслідування обставин смерті та зберігання матеріалів такого розслідування; планування та проведення операцій із застосуванням сили; виключно необхідне застосування сили; застосування сили та спецзасобів; смерть під час військової служби; надзвичайні ситуації, бойові дії, військові навчання; загроза для життя у разі вислання (депортації, екстрадиції); безпечність спорудження та експлуатації об'єктів¹⁸³.

380. Поворотною справою в практиці ЄСПЛ щодо тлумачення права на життя і легітимності застосування летальної сили з боку держави стала справа *McCann and Others v. the United Kingdom*¹⁸⁴). Суд вирішував питання, чи сумісне застосування летальної сили з боку державних агентів зі ст. 2 Конвенції «Право на життя», а також чи була ця сила пропорційною меті захисту людей від протиправного насильства, і чи була операція спланована і контрольована державною владою достатньо, щоб максимально звести до мінімуму застосування летальної сили. У цій справі держава-відповідач була визнана відповідальною за порушення ст. 2 Конвенції через те, що служби спецпризначення застрелили трьох терористів Ірландської Республіканської Армії, які планували вчинити терористичний акт, оскільки Суд не виявився переконаним у тому, що державою було зроблено достатньо для мінімізації якомога більшою мірою використання летальної сили.

381. Існує чимало справ, де державою-відповідачем є Україна, і де ЄСПЛ констатував порушення ст. 2 Конвенції – невиконання позитивних обов'язків держави щодо захисту права на життя з боку держави¹⁸⁵.

Ознайомтеся з повним переліком справ ЄСПЛ проти України за порушеннями статті 2 «Право на життя» на ресурсі Міністерства юстиції України.

Проаналізуйте декілька справ (за вибором), і охарактеризуйте ситуацію із захистом права на життя в Україні.



¹⁸³ Особливості застосування статті 2 «Право на життя» ЄКПЛ // Українське право (портал). 13.07.2017. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/sfsboyvsfkhk-iafkhsftvarrya-fkhakhkhk-2-tuavs-ra-zykhkhya-zhnto/

¹⁸⁴ *McCann and Others v. the United Kingdom*. Appno. 18984/91, GC, ECtHR, 27 September 1995. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-57943%22%5D%7D>

¹⁸⁵ Особливості застосування статті 2 «Право на життя» ЄКПЛ // Українське право (портал). 13.07.2017. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/sfsboyvsfkhk-iafkhsftvarrya-fkhakhkhk-2-tuavs-ra-zykhkhya-zhnto/

382. У справі «Гонгадзе проти України» (*Gongadze v. Ukraine*)¹⁸⁶ ЄСПЛ зазначив: «Суд повторює, що перше речення п. 1 ст. 2 Конвенції зобов'язує державу не тільки утримуватись від умисного або незаконного позбавлення життя, але також вживати відповідних заходів для захисту життя тих, хто знаходиться під її юрисдикцією. Це включає основне завдання держави щодо забезпечення права на життя шляхом прийняття ефективних норм кримінальних законів для попередження злочинів проти особи, що забезпечуються правоохоронним механізмом для попередження, усунення та покарання порушень таких норм. За відповідних обставин це також поширюється на позитивний обов'язок органів державної влади вживати заходів попередження для захисту особи або осіб, чиє життя знаходиться під загрозою здійснення кримінальних дій іншими особами» (п. 164).

383. У справі «Сергій Шевченко проти України»¹⁸⁷ Суд дійшов висновку про порушення обов'язку держави-відповідача відповідно до ст. 2 ЄКПЛ в зв'язку з непроведенням ефективного та незалежного розслідування факту смерті особи та тим, що розслідування не забезпечило достатню прозорість та захист інтересів найближчого родича (батька померлої особи).

384. У кейсі «Мосендз проти України»¹⁸⁸ ЄСПЛ визнав порушення статті 2 ЄКПЛ щодо позитивного обов'язку держави захистити життя сина заявниці під час його перебування під контролем держави, адекватно пояснити обставини смерті, забезпечити виконання процесуального обов'язку стосовно ефективного розслідування цієї події. Суд визнав, що держава є відповідальною за смерть сина заявниці, оскільки саме жорстоке поводження вищестоящих військовослужбовців стало причиною його самогубства, а не обставини його життя, які були непов'язані з реаліями його перебування в армії. Окрім того, ЄСПЛ визнав порушення ст. 13 ЄКПЛ, оскільки відповідний позов заявниці про відшкодування моральної шкоди залишився без розгляду, і вона не мала національного засобу юридичного захисту за її вищевказаними скаргами у зв'язку з юрисдикційним конфліктом між національними цивільними та адміністративними судами¹⁸⁹.

На держави покладаються дві форми обов'язків:

1) утримання від порушення права людини на життя – негативні;

¹⁸⁶ *Gongadze v. Ukraine*, App no. 34056/02, ECtHR, 8 November 2005. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-70853%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-70853%22])

¹⁸⁷ *Sergey Shevchenko v. Ukraine*, App no. 32478/02, ECtHR, 4 April 2006, Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-170581>

¹⁸⁸ *Mosendz v. Ukraine*, App no. 52013/08, ECtHR, 17 January 2013, Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-115887>

¹⁸⁹ Особливості застосування статті 2 «Право на життя» ЄКПЛ // Українське право (портал). 13.07.2017. URL: https://ukrainepravo.com/international_law/european_court_of_human_rights/sfsboyvsfkhk-iafkhsftsvarrya-fkhakhkhk-2-tuavs-ra-zykhkhyia-zhnto/

- 2) гарантування і забезпечення охорони та захисту права на життя – позитивні.

385. Стосовно позитивних обов'язків, ЄСПЛ зазначає, що *«стаття 2 Конвенції зобов'язує державу забезпечити право на життя шляхом закріплення кримінально-правових положень щодо припинення злочинів проти особистості, реалізація яких забезпечується державним апаратом, створеним з метою попередження, припинення і покарання за порушення зазначених положень»*¹⁹⁰.

386. Щодо позитивних та негативних обов'язків держави гарантувати захист і охорону права на життя та утримання від порушення права людини на життя, професор С. В. Шевчук підкреслив, що ЄСПЛ у справі «Мойсієв проти Польщі» (але ймовірно це описка, і автор мав на увазі, що проти Росії) (Case of Moiseyev v. Russia) систематизував основні принципи та прецеденти, що складають сутність позитивного обов'язку держави у проведеному розслідуванні випадків смерті, які сталися в державних місцях позбавлення волі та внаслідок застосування сили:

- стаття 2 покладає на державу обов'язок охороняти право на життя шляхом введення у дію ефективних положень кримінального права для того, щоб ці положення були пересторогою проти скоєння правопорушень проти людини, які супроводжуються наявністю правоохоронного механізму для запобігання порушенням, їх припинення та покарання за порушення цих норм (Mastromatteo v. Italy);
- дотримання державою своїх позитивних обов'язків згідно статті 2 передбачає, щоб національна правова система продемонструвала свою здатність застосувати кримінальне право щодо осіб, які неправомірно позбавили життя іншу особу (Nachova and Others v. Bulgaria);
- ефективне розслідування, що вимагається ст. 2, необхідне для підтримання довіри громадськості у забезпеченні верховенства права органами державної влади, для запобігання будь-яким таємним домовленостям щодо неправомірних дій або толерантного до них ставлення, щоб забезпечити ефективну реалізацію національних законів, які захищають право на життя та право не бути підданому неналежному поведженню та, у тих випадках, коли йдеться про причетність державних службовців та державних органів, притягнути їх до відповідальності за випадки смертей, що трапились у сфері їх контролю (McKerr v. the United Kingdom);

¹⁹⁰ Моткова О. Д. Право на життя у рішеннях Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини / О. Моткова. Вісник Конституційного Суду України. 2015. № 1. С. 49–59. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vksu_2015_1_12

- вимоги ст. 2 стосуються не лише етапу проведення офіційного розслідування, коли за його результатами справу передано до суду: усі процесуальні дії в цілому, включаючи етап розгляду справи в суді, повинні задовольняти вимогам позитивного обов'язку щодо захисту життя за допомогою закону¹⁹¹. Хоча й не існує абсолютного обов'язку доводити усі слідчі дії до етапу пред'явлення офіційного звинувачення чи конкретного судового вироку, однак національні суди за жодних обставин не мають права залишати непокараними жодних правопорушень, внаслідок яких життя людини поставлено під загрозу (*Önerildiz v. Turkey*, *Okkalı v. Turkey*);
- у цьому контексті міститься опосередкована вимога щодо проведення негайного і ретельного розслідування (*Yaşa v. Turkey*, *Çakıcı v. Turkey*, *Tanrikulu v. Turkey*). Будь-який недолік у такому розслідуванні, який негативно позначається на його спроможності встановити обставини справи або винної особи, означає відхилення від стандарту ефективності, що вимагається (*Kelly and Others v. the United Kingdom*)¹⁹².

Ознайомтеся, будь-ласка, зі справою «Ільнзеєр проти Німеччини» (*Case of Inseher v. Germany*), яка стосувалася легітимності застосування кримінально-правового заходу у вигляді превентивного затримання після відбування терміну засудження.

В чому її значення для проблематики даного підрозділу, що вивчається?

Додатковий ресурс: Огляд практики ЄСПЛ за 2018 рік.



387. Симбіоз національної судової практики і практики ЄСПЛ додатково підкреслює значимість базисного принципу субсидіарності в діяльності ЄСПЛ як конвенційного механізму захисту прав людини, зокрема абсолютного права на життя.

388. Критерії щодо виникнення позитивних зобов'язань. Свого часу у справі «Осман проти Сполученого Королівства»¹⁹³ ЄСПЛ встановив двосторонній критерій для визначення того, коли виникає позитивне зобов'язання держави вжити оперативних заходів для захисту осіб, життя

¹⁹¹ *Шевчук С. В.* Принцип субсидіарності у діяльності Європейського Суду з прав людини та необхідність узгодження судової практики. Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини : зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15 вересня 2012 р.) / за ред. С. В. Кивалова; НУ «ОЮА». Одеса: Фенікс, 2012. С. 82–89. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/9624?locale-attribute=uk>

¹⁹² Там само.

¹⁹³ *Osman v. the United Kingdom*, App no. 87/1997/871/1083, ECtHR, 28 October 1998. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58257>

яких знаходиться під загрозою злочинних дій іншої особи. По-перше, необхідно встановити, що органи влади знали або повинні були знати в той час про існування реальної та безпосередньої загрози життю ідентифікованої особи внаслідок злочинних дій третьої сторони, а по-друге, що вони не змогли вживати заходів у межах своїх повноважень, які, за розумною оцінкою, могли б уникнути такого ризику.

389. Отже, деякі ситуації залучають позитивні зобов'язання держав захищати право на життя відповідно до ст. 2 Конвенції від злочинних дій третьої сторони. Таким чином, застосовуючи вищезгаданий критерій Османа, ЄСПЛ визначив обсяг цих зобов'язань у випадках, що стосуються вимоги особистого захисту однієї або кількох осіб, які заздалегідь визначені як потенційна мета летального акту, що передбачає необхідний аналіз чи був якийсь вирішальний етап у послідовності подій, що призвели до позбавлення життя, коли можна було сказати, що органи влади знали або повинні були знати про реальний і безпосередній ризик для життя особи, і чи вони не вдалося взяти.

390. Проблема юрисдикційних імунітетів держав. Виникає складне питання: керуючись критеріями Османа, чи маємо ми можливість казати, що практика ЄСПЛ формулює загальне позитивне зобов'язання як окремих держав, так і європейської спільноти реагувати на акти насильства та агресії та геноциду, співучасті у таких злочинах, зловживання законом, нейтралізації ланцюгів поставок та розвитку системи додаткових санкцій через організацію колективної безпеки?

391. Звичайно, відповідь «ні». Переважно ми маємо цікаві приклади уникнення державами відповідальності від додаткових механізмів компенсації. Так, 29 квітня 2022 р. Федеративна Республіка Німеччина порушила в Міжнародному суді ООН справу проти Італійської Республіки щодо уточнення рішення про недотримання її юрисдикційного імунітету як суверенної держави¹⁹⁴. У своїй заяві Німеччина нагадує, що 3 лютого 2012 р. Суд виніс рішення щодо питання юрисдикційного імунітету Німеччини у справі щодо юрисдикційного імунітету держави (Німеччина проти Італії: втручання Греції)¹⁹⁵ по справам компенсації жертвам військових злочинів під час Другої світової війни, але, незважаючи на це, національні суди Італії з 2012 р. розглянули значну кількість нових позовів проти Німеччини в порушення суверенного імунітету Німеччини. Позиція Міжнародного

¹⁹⁴ Application Instituting Proceedings and Request for Provisional Measures Certain Questions of Jurisdictional Immunity and Enforcement of Judgments Federal Republic of Germany v. Italian Republic. 29 April 2022. ECJ. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/183/183-20220429-APP-01-00-EN.pdf>

¹⁹⁵ Jurisdictional immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). Judgment. ECJ. 3 February 2012. Available at: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20120203-JUD-01-00-EN.pdf>

Суду ООН у рішенні 2012 р. у справі про юрисдикційні імунітети держави ґрунтувалася на принципі абсолютного юрисдикційного імунітету держав і підкреслювала, що питання права держави на імунітет у судах іншої держави є абсолютно відмінним від питання міжнародної відповідальності такої держави і обов'язку репарацій (п. 100). Міжнародний Суд ООН визнав, що «звичаєве міжнародне право продовжує вимагати надання державі імунітету у випадку деліктів, що, як стверджується, були вчинені на території іншої держави збройними силами та іншими органами держави в ході збройного конфлікту» (п. 78). Хоча Італія заявляла, що основні дії (злочини Другої світової війни) були порушенням *jus cogens* і тому дали їй право позбавити Німеччину її імунітету (а Греція приєдналася до провадження, оскільки одне з італійських рішень стосувалося грецького рішення, яке зобов'язало Німеччину виплатити компенсацію жертвам різанини в Дістомо у Греції під час Другої світової), Міжнародний Суд ООН відхилив вимоги Італії. Однак важливо зазначити, що Суд зробив акцент, що, хоча дане рішення підтверджує юрисдикційний імунітет держав, це жодним чином не змінює можливості притягнення осіб до кримінальної відповідальності за певні дії. Необхідно також пам'ятати і про ст. 51 Статуту ООН, яка, визнаючи невід'ємне право держав на самозахист, має тлумачитися як така, що становить підставу для відступу від міжнародно-правових зобов'язань держави *vis-à-vis* держави-агресора, а також застосування контрзаходів у відповідь¹⁹⁶.

392. Протидія агресії, забезпечення права на життя і верховенство права. На тлі широкомасштабного російського вторгнення в Україну спостерігаються приклади героїчної допомоги європейських держав у протидії агресії та забезпеченні права на життя. Разом з тим, питання такого забезпечення можуть опинитися під загрозою, якщо держава-учасниця відповідного об'єднання порушує взяті на себе зобов'язання і ставить під загрозу верховенство права.

393. Невизнання автономії, примату, ефективності та однакового застосування права Союзу, а також цінностей, викладених у ст. 2 Лісабонського договору, включаючи, зокрема, верховенство права, невизнання повноважень Суду Європейського Союзу, рішення якого є остаточними та обов'язковими, не можуть бути предметом оскарження у національному законодавстві, а можуть бути перевірені лише Судом ЄС. Так, у грудні 2020 р. Рада Європейського Союзу та Європейський парламент прийняли новий регламент, що створює загальний механізм умов реалізації принципу верховенства права. Це нове законодавство спрямоване на санкції за порушення верховенства права, пов'язані з фондами ЄС, щоб забезпечити

¹⁹⁶ Водянніков М. Мистецтво юридичної війни: як позбавити державу-агресора юрисдикційних імунітетів. URL: https://lb.ua/blog/oleksandr_vodennikov/523500_mistetstvo_yuridichnoi_viyini_yak.html

ефективний захист бюджету ЄС та інтересів його бенефіціарів. Це особливо важно для України за умов кандидатства в ЄС.

394. Незважаючи на те, що механізм діє з початку 2021 р., Європейська комісія заявила, що дочекається рішення Суду ЄС щодо двох апеляцій Польщі та Угорщини, перш ніж активувати процедуру. Відтермінування ефективного запуску механізму було узгоджено наприкінці 2020 р. як поступку для угоди щодо змін до договорів ЄС, створення Фонду відновлення. У березні 2021 р. Угорщина та Польща подали судові скарги до Суду ЄС проти механізму обумовленості, згідно з яким отримання фінансування з бюджету ЄС залежить від дотримання державами-членами верховенства права.

395. У чому суть рішення Суду ЄС і чому воно має таке велике політичне значення?

396. 16 лютого 2022 р. Суд ЄС відхилив позови Угорщини та Польщі повністю. Цей вердикт став важливою подією в тривалому правовому конфлікті між Польщею, Угорщиною та ЄС щодо верховенства права та пов'язаний із рішенням Єврокомісії заблокувати кошти з Національного плану відновлення (RRP – Recover and Resilience Plan) Польщі та Угорщини. Для Польщі RRF (Recovery and Resilience Facility) складається з 24 млрд. євро грантів і 12 млрд. євро пільгових позик, тоді як для Угорщини RRF забезпечує доступ до 5,9 млрд. євро грантів і 10 млрд. євро пільгових позик, хоча Угорщина наразі претендує лише на гранти. Для того, щоб отримати доступ до цих коштів, Польща має внести законодавчі зміни до структури Верховного суду та досягти компромісу з ЄС, тоді як для Угорщини головною темою є процес державних закупівель. У контексті вердикту Суду ЄС помітні два важливі моменти:

- по-перше, Польща та Угорщина мають до кінця грудня 2022 р. досягти угоди з установами ЄС, інакше вони можуть втратити 70% виділених грантів
- по-друге, виконання позитивних обов'язків держави у сфері верховенства права та захисту фундаментальних прав громадян повинне і може бути контрольованим з боку наднаціональних органів задля формування єдиного механізму справедливості та колективної безпеки¹⁹⁷.

Питання для самоконтролю

1. В чому зміст принципу субсидіарності за змістом ЄКПЛ? Які його місце та роль у юрисдикції ЄСПЛ?
2. Які аспекти захисту права на життя існують в практиці ЄСПЛ?

¹⁹⁷ Leszek Kasek, Rafal Benecki, Peter Virovacz. Poland and Hungary have much to lose from ECJ decision. URL: <https://think.ing.com/articles/poland-and-hungary-have-much-to-lose-from-ecj-decision>

3. В чому проблеми та прогалини застосування практики ЄСПЛ в Україні? Які можливі шляхи їх подолання?

4. Які порушення права на життя з боку держави Вам відомі? Яким чином це узгоджено із практикою ЄСПЛ на сучасному етапі?

5. Якщо рішення ЄСПЛ винесено проти іншої, ніж Україна, держави, чи можливо його застосування безпосередньо в Україні?

6. В чому зміст диференціації права людини на життя на складові: право на збереження життя і право на розпорядження життям? Яким є зміст та обсяг цих понять?

7. Як принцип верховенства права відображений у судовій практиці вищих європейських судів і які перспективи впливу наднаціональних механізмів на дотримання верховенства права?

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004
2. Протокол № 15 про внесення змін до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 24 червня 2013 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_001-13 Протокол 15
3. Красиков Д. В. Юрисдикция Европейского суда по правам человека: принцип субсидиарности : Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10 : Саратов, 2004. 182 с. URL: <http://www.dslib.net/pravo-evropy/jurisdikcija-evropejskogo-suda-po-pravam-cheloveka-princip-subsidiarnosti.html>
4. Зенин А. А. Дополнительный протокол № 15 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод *Международное правосудие*. 2014. № 2. С. 86–98. URL: <https://roseurosud.org/espch/dopolnitelnyj-protokol-n-15-k-konventsii-o-zashchite-prav-cheloveka-i-osnovnykh-svobod>
5. Шевчук С. В. Принцип субсидіарності у діяльності Європейського Суду з прав людини та необхідність узгодження судової практики. *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини* : зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 15 вересня 2012 р.) / за ред. С. В. Ківалова; НУ «ОЮА». Одеса: Фенікс, 2012. С. 82–89. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/9624?locale-attribute=uk>
6. Моткова О. Д. Право на життя у рішеннях Конституційного Суду України та Європейського суду з прав людини. *Вісник Конституційного Суду України*. 2015. № 1. С. 49–59. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vksu_2015_1_12
7. Особливості застосування статті 2 «Право на життя» ЄКПЛ // Українське право (портал). 13.07.2017. URL: <https://ukrainepravo.com/interna->

tional_law/european_court_of_human_rights/sfsboyvsfkhk-iafkhsftsvar-rya-fkhakhkhk-2-tuavs-ra-zykhkhya-zhnto/

8. Ковлер А. И. Сцилла и Харибда Европейского суда: субсидиарность или правовой активизм? *Сравнительное конституционное обозрение*. 2010. № 6 (79). С. 90–98.
9. Кротова І. Ю. Тлумачення права: доктрини, розвинуті Європейським судом з прав людини : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 Харків, 2015. 20 с. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Kretova/d_Kretova.pdf
10. Христова Г. Конструкція зобов'язань держави у сфері прав людини: порівняльний аналіз міжнародних та європейських підходів *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 4. С. 25-36. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/vapny_2014_4_5.pdf
11. Огляд практики ЄСПЛ за 2018 рік. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Short_Survey_2018_UKR.pdf

КЕЙСИ

1. L. C. D. v. United Kingdom: Judgment of 9 June 1998. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58176>
2. Kaya v. Turkey: Judgment of 19 February 1998. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58138>
3. Diaz Ruano v. Spain: Judgment of 26 April 1994. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-67132>
4. Glass v. UK: Judgment of 9 March 2004. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-61663>
5. Pretty v. the United Kingdom: Judgment of 29 April 2002. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448>

3.4. Принцип пропорційності та поводження з людиною

Цілі навчання. Цей підрозділ присвячений стандартам поводження з людиною з огляду на принцип пропорційності в контексті практики Європейського суду з прав людини. Буде розглянутий т. зв. «трискладовий тест» на пропорційність, за допомогою якого Суд перевіряє правомірність втручання в права людини. Після вивчення підрозділу студенти розумітимуть алгоритм встановлення Судом пропорційності обмеження тих чи інших гарантованих Конвенцією прав і свобод.

24 серпня 2011 р. під час святкових урочистостей з нагоди Дня Незалежності України за участі Президента України, яким на той час був пан Янукович, відбулася офіційна церемонія покладання вінка до пам'ятника Тарасу Шевченку – відомому українському поету та громадському діячу.

Заявниця, член опозиційної партії «Батьківщина», брала участь у публічному зібранні, організованому цією партією з нагоди Дня Незалежності. За твердженнями заявниці, початок мітингу було відкладено через вищезазначену офіційну церемонію покладання вінка.

Після церемонії заявниця підійшла до покладеного п. Януковичем вінка та відірвала частину стрічки з написом «Президент України В. Ф. Янукович», не пошкодивши сам вінок. Цим вона хотіла висловити свою позицію, що через низку причин п. Янукович не може називатися Президентом України.

Заявницю було визнано винною у вчиненні дрібного хуліганства у зв'язку з цією подією та накладено на неї стягнення у вигляді адміністративного арешту строком на десять діб.

Чи дотримано вимоги пропорційності при засудженні заявниці за статтею 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення та накладенні на неї стягнення у вигляді адміністративного арешту строком на десять діб?

397. Принцип пропорційності (співрозмірності) – основоположний принцип права, спрямований на забезпечення у правовому регулюванні балансу інтересів¹⁹⁸.

398. Основою цього принципу є ідея того, що «загальний інтерес, яким керується держава, не може бути таким, що придушує свободу окремої особи»¹⁹⁹.

399. С. П. Погребняк стверджує, що в умовах правової держави заборона надмірного державного втручання у свободу особи розглядається як аксіоматична вимога: держава має право обмежувати права людини лише тоді, коли це дійсно необхідно, і тільки в такому обсязі, в якому її заходи будуть розмірними до переслідуваної мети. Іншими словами, у цій сфері проголошується та діє принцип пропорційності²⁰⁰.

¹⁹⁸ *Погребняк С. П.* Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. Харків : Право, 2008. С. 192.; *Шевченко С.* Пропорційність як принцип балансування у криміналізації діянь. Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : матеріали XXVII звітної наук.-практ. конф., м. Львів, 5–6 лютого 2021 р.: у 2-ох ч. Ч. 2. Львів : Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2021. С. 166. URL: https://law.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2021/02/chast_2.pdf

¹⁹⁹ *Мармазов В. Є.* Принцип пропорційності у практиці розгляду справ Європейським судом з прав людини. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2002. Вип. 34. Ч. 1. С. 138.

²⁰⁰ *Погребняк С.* Принцип пропорційності у судовій діяльності. Філософія права і загальна теорія права. 2012. № 2. С. 49. URL: <http://tta.org.ua/index.php/2227-7253/article/view/183856/183686>; *Погребняк С. П.* Принцип пропорційності в українській юридичній практиці та практиці ЄСПЛ. Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини : зб. наук. ст. Міжнар. наук.практ. конф., м. Одеса, 15 вересня 2012 р. Одеса : Фенікс, 2012. С. 294. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9614/Pogrebniak%20294-310.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

«...в основі всієї Конвенції лежить пошук справедливого балансу між загальними інтересами суспільства і вимогами щодо захисту основних прав індивіда».
Рішення у справі «Соурінг проти Сполученого Королівства» (*Soering v. The United Kingdom*)
від 7 липня 1989 року, заява 14038/88, п. 89.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>

«Як Суд неодноразово наголошував, вимоги загального інтересу суспільства мають справедливо врівноважуватися з вимогами захисту основних прав особи, і пошук такої справедливої рівноваги є невід'ємною умовою всієї Конвенції».

Рішення у справі «Брумареску проти Румунії» (*Brumărescu v. Romania*)
від 28 листопада 1999 року, заява 28342/95, п. 78.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58337>

«Суд нагадує, що стаття 1 Першого Протоколу вимагає, перш за все і особливо, щоб втручання державної влади у використання права на майно було законним. Суду також належить з'ясувати, чи дотримується справедлива рівновага між вимогами загального інтересу і вимогами захисту основних прав громадян. [...] повинно існувати пропорційно обґрунтоване співвідношення між зазначеною метою і засобами, що використовуються».

Рішення у справі «Жовнер проти України» (*Zhovner v. Ukraine*)
від 29 червня 2004 року, заява 56848/00, п. 48.
URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_221

405. Як було зазначено вище, Європейський суд з прав людини звертається до принципу пропорційності, як правило, при встановленні правомірності втручання в ті чи інші права людини, їх обмеження. Але в яких саме випадках необхідне звернення до принципу пропорційності? Чи всі гарантовані Конвенцією права можуть бути обмежені? Для відповіді на ці запитання необхідно звернутись до класифікації передбачених Конвенцією прав і свобод за можливістю їх обмеження.

406. Види прав і свобод за можливістю їх обмеження. Необхідно наголосити, що не всі права та свободи, передбачені Конвенцією, можуть бути обмежені. У зв'язку з цим гарантовані Конвенцією права людини і основоположні свободи за можливістю їх легітимного обмеження поділяють на два види – абсолютні та відносні (рис. 1).



Рис. 1. Види прав і свобод за можливістю їх обмеження.

407. *Абсолютними* є такі права та свободи, які не можна порушувати в жодному разі – незалежно від умов, що існують у суспільстві. Такими є, наприклад, заборона катування, нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання (ст. 3 Конвенції); заборона рабства або підневільного стану (ст. 4 Конвенції).

408. *Відносними* вважаються такі права та свободи, до яких можна застосувати обмеження за певних умов. Так, наприклад, право на повагу до приватного і сімейного життя (ст. 8 Конвенції), свобода думки, совісті і релігії (ст. 9), свобода вираження поглядів (ст. 10), свобода зібрань та об'єднання (ст. 11) можуть підлягати певним обмеженням.

409. Оскільки кількість викладених у Конвенції прав і свобод, які підлягають певним обмеженням, складає більшість порівняно із абсолютними правами та свободами, Європейський суд з прав людини пильно стежить за тим, щоб обмеження прав і свобод, застосовані в кожному конкретному випадку, не ставили під сумнів цінність відповідних прав.

410. Якраз у цих випадках і знаходить своє застосування принцип пропорційності. Тобто, Європейський Суд з прав людини пов'язує принцип пропорційності з правомірністю обмежень тих чи інших прав осіб.

411. Як зазначає відомий англійський правознавець Дж. Макбрайд, за винятком кількох прав, які є абсолютними, при застосуванні положень Конвенції Страсбурзький суд прагне до визначення належної рівноваги між різними правами та інтересами (мається на увазі як рівновага між правами окремого індивіда та суспільними або державними інтересами, так і баланс між правами окремих осіб, інтереси захисту яких суперечать один одному – скажімо, між правом на свободу вираження поглядів і правом на повагу до приватного та сімейного життя)²⁰⁶.

412. Критерії виправданості обмеження гарантованих Конвенцією прав і свобод. Можливість обмеження тих чи інших прав і свобод Суд завжди розглядає в контексті кількох встановлених Конвенцією критеріїв, яким мають відповідати застосовані державою заходи. У сукупності ці критерії становлять собою «*трискладовий тест*». Зокрема, втручання у права і свободи, гарантовані Конвенцією, буде виправданим за сукупності таких трьох критеріїв (умов):

- можливість такого втручання має бути передбачена законом;
- таке втручання має переслідувати легітимну (законну) мету;
- обмеження повинно бути «необхідним у демократичному суспільстві».

²⁰⁶ Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України : навчальний посібник / М. В. Мазур та ін. ; відп. ред. В. М. Карпунов. Луганськ: РВВ ЛДУВС, 2006. С. 138–139. URL: <https://helsinki.org.ua/files/docs/1251638730.pdf>

413. Схематично умови виправданості втручання («трискладовий тест») можна зобразити так (рис. 2):

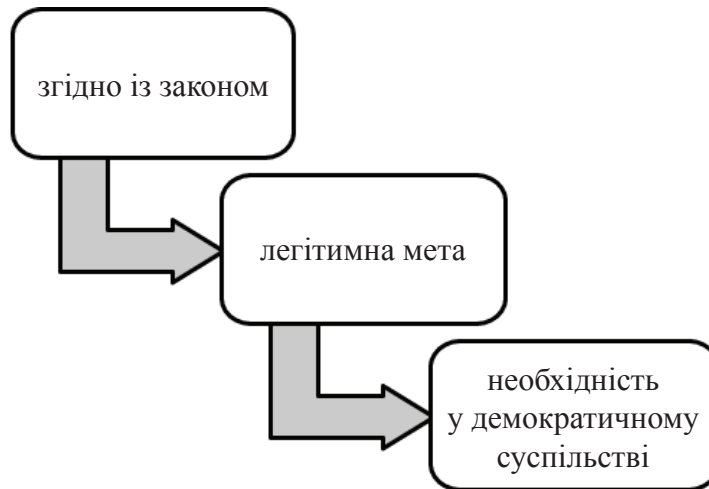


Рис. 2. «Трискладовий тест».

414. Відповідно, щоб встановити правомірність обмеження того чи іншого права особи, необхідно поступово, покроково дати відповіді на такі три запитання (рис. 3):

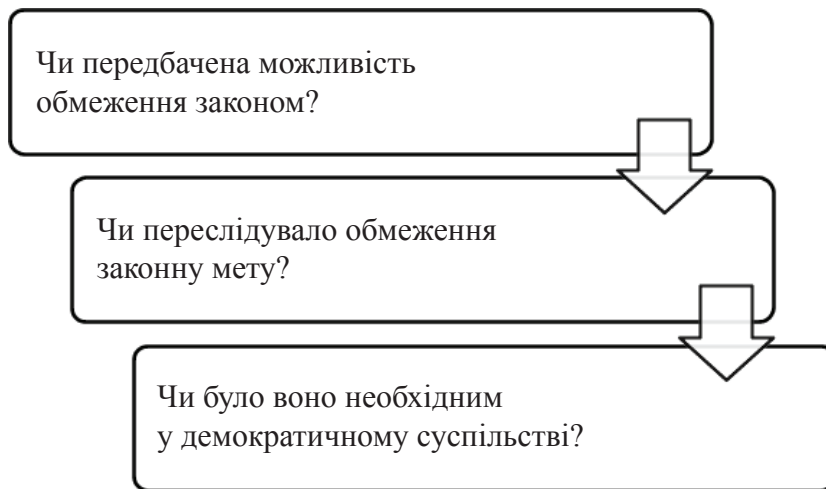


Рис. 3. Алгоритм встановлення правомірності обмеження права особи.

«Втручання у право на повагу до сімейного життя становить порушення статті 8, якщо воно здійснюється не «згідно із законом», не має однієї або кількох законних цілей, зазначених у пункті 2 статті 8, а також не є «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення такої цілі чи цілей (див. рішення від 7 серпня 1996 р. у справі «Йогансен проти Норвегії» (Johansen v. Norway), Reports 1996-III, С. 1001–1002, п. 52)».

*Рішення у справі «Курочкін проти України» (Kurochkin v. Ukraine) від 20 травня 2010 року, заява № 42276/08, п. 43.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98825>*

415. Розглянемо кожну з цих умов детальніше.

416. 1. *Можливість втручання у права і свободи особи має бути передбачена законом.* Першою умовою виправданості обмеження тих чи інших прав і свобод особи Конвенція називає те, що воно має бути передбачене законом. Відсутність цього критерію автоматично означає порушення Конвенції. Якщо ЄСПЛ дійде до висновку, що втручання не було «встановлене законом», він констатує порушення, не вдаючись до аналізу інших критеріїв, таких як відповідність втручання законній меті чи його необхідність.

417. Тобто, втручання повинне бути здійснене виключно на підставі закону. При цьому, Суд неодноразово підкреслює, що вислів «згідно із законом» по суті відсилає до національного законодавства і закріплює обов'язок дотримуватись його матеріальних і процесуальних норм. І це зрозуміло, адже Конвенція є тим документом, який покликаний встановити мінімальний рівень гарантій прав і свобод особи. Будь-які обмеження, що допускаються Конвенцією, повинні бути належних чином встановлені в національному законодавстві.

«Суд підкреслює, що вислів «згідно із законом» у пункті 2 статті 8 Конвенції по суті відсилає до національного законодавства і закріплює обов'язок дотримувати його матеріальних і процесуальних норм (див. рішення від 13 листопада 2003 р. у справі «Елсі та інші проти Туреччини» (Elci and Others v. Turkey), заяви № 23145/93 і 25091/94, п. 697)».

*Рішення у справі «Пантелеєнко проти України» (Panteleyenko v. Ukraine) від 29 червня 2006 року, заява 11901/02, п. 49.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76114>*

418. Таким чином, конкретне обмеження прав чи свобод має бути передбачене певним національним законодавчим актом. Причому, тлумачення терміну «закон» в практиці ЄСПЛ є автономним. Під цей критерій підпадає не лише т. зв. «писане право», а й неписане право, в тому числі й судова практика. В той же час, словосполучення «згідно із законом» не просто відсилає до національного законодавства, а й пов'язане з вимогою якості закону (чіткість, доступність, передбачуваність).

«Під терміном «закон» ... слід розуміти як норми, встановлені писаним правом, так і правила, що сформувалися у прецедентному праві. Закон має відповідати якісним вимогам, насамперед, вимогам «доступності» та «передбачуваності».

*Рішення у справі «Толстой-Милославський проти Сполученого Королівства» (Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom) від 13 липня 1995 року, заява № 18139/91, п. 37.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113043>*

419. 2. *Втручання у права і свободи особи має переслідувати легітимну (законну) мету.* Одночасно із дотриманням вимоги щодо передбачення відповідних обмежень законом, будь-які застосовані заходи щодо втручання у права людини та основні свободи мають бути виправдані наявністю

певної законної мети, зазначеної у відповідній статті Конвенції (залежно від того, яке право обмежується).

«Суд зазначає, що згідно з пунктами 2 статей 9 та 11 Конвенції обмеження права на свободу віросповідання та зібрань необхідно тлумачити вузько, таким чином, щоб їх перелік був абсолютно вичерпним, а їх визначення обов'язково чітким (mutatis mutandis, рішення «Sidiropoulos and Other v. Greece» від 10 липня 1998 р., Reports of Judgments and Decisions 1998-IV, п. 38). Легітимні цілі, вичерпний перелік яких містить ця норма, включають: інтереси громадської безпеки, охорону громадського порядку, здоров'я чи моралі, захист прав та свобод інших осіб».

*Рішення у справі «Свято-Михайлівська Парафія проти України»
(Svyato-Mukhailivska Parafiya v. Ukraine)
від 14 червня 2007 року, заява № 77703/01, п. 132.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81067>*

420. Загалом, законною (чи легітимною) метою при обмеженні прав є така мета, яка може виправдати конкретне обмеження прав. Цілі, які можуть виправдати обмеження прав, мають бути засновані на тих цінностях, на яких побудоване суспільство в конституційній демократії²⁰⁷.

421. Єдиного переліку випадків, в яких певне обмеження буде вважатися таким, що переслідує легітимну (законну) мету, Конвенція не містить. Вони залежать від того, яке конкретно право обмежується. Прикладами є здійснення втручання в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі, для захисту прав і свобод інших осіб, для охорони публічного порядку, для запобігання розголошенню конфіденційної інформації або для підтримання авторитету і безсторонності суду (ч. 2 ст. 8; ч. 2 ст. 9; ч. 2 ст. 10; ч. 2 ст. 11 Конвенції).

422. У більшості випадків відсутність такої мети дуже складно довести, тому ця вимога виключає, як правило, лише застосування обмежень, взагалі ніяк не пов'язаних із легітимними цілями, визначеними Конвенцією, а сумніви щодо наявності легітимної мети можуть виникнути хіба що у випадках явної невідповідності²⁰⁸.

423. Зважаючи на це, найбільше уваги Суд приділяє перевірці необхідності та пропорційності застосованих заходів і поставленої мети, тобто третій складовій.

²⁰⁷ Тоцький Б. А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 71. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Chkup_2013_3_18.pdf

²⁰⁸ Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України : навчальний посібник / М. В. Мазур та ін. ; відп. ред. В. М. Карпунов. Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2006. С. 141. URL: <https://helsinki.org.ua/files/docs/1251638730.pdf>

424. 3. Втручання має бути «необхідним у демократичному суспільстві». Необхідність у демократичному суспільстві є третьою умовою виправданості втручання у права і свободи, гарантовані Конвенцією.

425. Так, після встановлення того, що втручання було передбачене законом та переслідувало легітимну (законну) мету, на третьому етапі Суду потрібно з'ясувати, чи можливо вважати вжиті держаною заходи щодо обмеження прав і свобод «необхідними в демократичному суспільстві» з огляду на легітимну (законну) мету, якої держава намагалася досягти.

«Не є достатнім, щоб втручання, яке розглядається, належало до винятків, перелічених у пункті 2 статті 10, так само не є достатнім, щоб таке втручання виправдовувалося тим, що його предмет належить до якоїсь визначеної категорії або підпадає під дію правової норми, викладеної у формі загальних і безумовних понять: Суд має переконатися у тому, що втручання, з огляду на факти і обставини конкретної справи, яку він розглядає, справді було необхідним».

*Рішення у справі «Санді Таймс» проти Сполученого Королівства» (№ 1)
(The Sunday Times v. the United Kingdom (No. 1))
від 26 квітня 1979 року, заява № 6538/74, п. 65.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>*

426. Чітких універсальних критеріїв для встановлення того, що саме має включатись у поняття «необхідності в демократичному суспільстві», в Конвенції не міститься. Однак аналіз практики ЄСПЛ дозволяє виділити певні умови, за наявності яких Суд встановлює, що певне обмеження було «необхідним у демократичному суспільстві». Це, зокрема, такі умови:

- причини, що виправдовують втручання, є «важливими та достатніми»;
- для такого втручання є «нагальна соціальна потреба»;
- втручання пропорційне до поставленої законної мети (рис. 4).

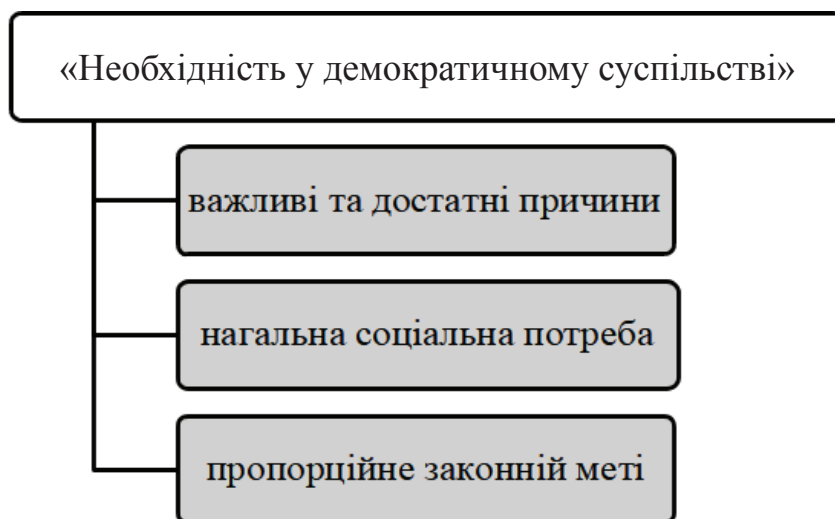


Рис.4. Умови встановлення необхідності втручання у демократичному суспільстві».

427. Остання із цих умов – *пропорційність stricto sensu* (*пропорційність у вузькому сенсі*) – найважливіша складова принципу пропорційності. В доктрині права її ще називають *принципом балансування*. Вона підлягає встановленню в тих випадках, коли констатовано дотримання усіх попередніх умов.

428. Згідно із нею, для того, щоб виправдати певні обмеження прав, таке обмеження має бути необхідним та має існувати відповідне відношення («пропорційне» у вузькому сенсі слова) між результатом, який досягається при задоволенні легітимної мети, та шкодою, яка завдається правам через використання законних засобів²⁰⁹.

429. Тобто, пропорційність *stricto sensu* означає, що обмеження має бути пропорційним (розмірним) до задекларованої законної мети. На цьому етапі Суд перевіряє, чи збиток приватній особі від обмеження її права (втручання в її право) пропорційний вигоді уряду щодо досягнення поставленої мети. Відтак, Суд повинен вирішити, чи забезпечило втручання необхідний справедливий баланс між захистом права особи та вимогами загального інтересу, зокрема, чи не покладено на особу «індивідуальний та надмірний тягар».

«Інше питання, яке Суд має вирішити, – чи забезпечило втручання необхідний справедливий баланс між захистом права власності та вимогами загального інтересу з огляду на свободу розсуду, якою наділена держава у цій сфері. Необхідний баланс не буде досягнуто, якщо на відповідного власника майна буде покладено «індивідуальний та надмірний тягар».

Суд повторює, що для того, щоб втручання було пропорційним, воно має відповідати серйозності вчиненого правопорушення, а санкція – серйозності злочину, який вона має покарати [...]».

*Рішення у справі «Садоха проти України» (Sadocha v. Ukraine)
від 11 липня 2019 року, заява № 77508/11, п. 27, 31.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198523>*

430. На необхідності дотримання умов, за яких певне обмеження вважається «необхідним у демократичному суспільстві», Суд неодноразово наголошував у своїх рішеннях. Розглянемо кілька прикладів.

«[...] втручання у право заявника на повагу до його житла має бути не лише законним, а й «необхідним у демократичному суспільстві». Інакше кажучи, воно має відповідати «нагальній суспільній необхідності», зокрема бути співрозмірним із переслідуваною законною метою».

*Рішення у справі «Кривіцька та Кривіцький проти України»
(Kryvitska and Kryvitskyi v. Ukraine)
від 2 грудня 2010 року, заява № 30856/03, п. 44.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213652>*

²⁰⁹ Тоцький Б. А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. Часопис Київського університету права. 2013. № 3. С. 72–73. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Chkup_2013_3_18.pdf

«Під необхідністю втручання мається на увазі, що воно відповідає нагальній соціальній потребі, і, зокрема, є пропорційним до поставленої законної мети (див., наприклад, згадане вище рішення у справі «Кутцнер проти Німеччини», п. 60, та рішення від 18 грудня 2008 р. у справі «Савіні проти України» (Saviny v. Ukraine), заява № 39948/06, п. 47)».

*Рішення у справі «Курочкін проти України» (Kurochkin v. Ukraine) від 20 травня 2010 року, заява № 42276/08, п. 43.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98825>*

«Суд повинен перевірити, чи було втручання виправданим та необхідним у демократичному суспільстві, та, зокрема, чи було воно пропорційним, і чи були причини, надані національними органами влади на його виправдання, важливими та достатніми».

*Рішення у справі «Ляшко проти України» (Lyashko v. Ukraine) від 10 серпня 2006 року, заява № 21040/02, п. 47.
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76714>*

431. У більшості справ встановлення саме «необхідності в демократичному суспільстві» та пропорційності як однієї із її складових викликає найбільші труднощі. Адже як термін «необхідність», так і термін «пропорційність» є широкими і відрізняються залежно від конкретних обставин, тобто є гнучкими. В цьому питанні держави користуються певною свободою розсуду.

«Загалом, «необхідність» будь-якого обмеження здійснення свободи вираження поглядів має бути обґрунтована з усією переконливістю. Звичайно, насамперед національна влада має оцінити, чи існує «нагальна суспільна необхідність», що виправдовує таке обмеження, і тут вона користується певною свободою розсуду».

*Рішення у справі «Фрессоз та Руар проти Франції» (Fressoz and Roire v. France) від 21 січня 1999 року, заява № 29183/95, п. 45 (iii).
URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58906>*

432. Необхідно також наголосити, що характерною ознакою принципу пропорційності є те, що аналіз певних обмежень за вищеназваними критеріями має проводитись у кожному окремому випадку.

433. Так, в ряді випадків тим фактам, котрі є ідентичними за їх зовнішніми ознаками, може бути притаманна неоднакова соціальна значущість і навпаки: аналогічної соціальної значущості здатні набувати факти, які відрізняються між собою за формальними характеристиками²¹⁰.

434. В кожному окремому випадку ЄСПЛ співвідносить застосовані обмеження із легітимною метою, задля досягнення якої такі обмеження були застосовані, тобто оцінює пропорційність обмежень по відношенню до ле-

²¹⁰ Рабінович П. М. Рішення Європейського суду з прав людини як «праволюдні» стандарти. Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (1993–2003 рр.) : Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. Серія II. Коментарі прав і законодавства. Вип. 4. Київ : Фенікс, 2004. С. 15.

гітимної мети. Будь-яке непропорційне втручання не буде вважатися «необхідним у демократичному суспільстві».

435. Так, для прикладу оцінки пропорційності обмеження прав в конкретному випадку звернемося до викладеного на початку цього підрозділу завдання. Для відповіді на поставлене у ньому питання щодо пропорційності засудження заявниці за статтею 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення та накладення на неї стягнення у вигляді адміністративного арешту строком на десять діб необхідно звернутися до описаного вище «трискладового тесту», що і зробив ЄСПЛ в рішенні у справі «Швидка проти України» (*Shvydka v. Ukraine* URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a40) від 30 жовтня 2014 року, заява № 17888/12.

«Для того, щоб втручання було виправданим за статтею 10 Конвенції, воно має бути «встановленим законом», переслідувати одну або більше легітимних цілей, зазначених у другому пункті цього положення, та бути «необхідним в демократичному суспільстві» – тобто пропорційним переслідуваній меті».

П. 33 рішення.

436. Перший крок – встановлення того, чи передбачена можливість такого обмеження законом.

«Суд не погоджується з думкою заявниці, що положення Кодексу України про адміністративні правопорушення про дрібне хуліганство було явно незастосовним у її випадку. Відповідне положення стосується зокрема образливого чіпляння до громадян, що порушує громадський порядок. На думку Суду, пошкодження заявницею стрічки на вінку могло вважатися таким, що підпадає під вищезазначену категорію. Суд пам'ятає про доволі загальне юридичне визначення «дрібного хуліганства», тлумачення та практичне застосування якого можуть у певних випадках бути предметом зловживання. У цій справі заявниця вдалася до провокативного жесту, який міг занепокоїти або образити деяких людей, які були його свідками. Зважаючи на поведінку заявниці та її кваліфікацію національними судами, Суд погоджується з тим, що застосовне національне законодавство відповідало вимозі щодо передбачуваності. Суд доходить висновку, що визнання заявниці винною у дрібному хуліганстві та застосування до неї стягнення, передбаченого відповідним положенням, відповідало вимозі щодо законності».

П. 39 рішення.

437. Тобто, Суд дійшов висновку, що дії заявниці були правильно кваліфіковані за ст. 173 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Відтак, обмеження її права на свободу вираження поглядів встановлене законом.

438. Другий крок – встановлення, чи переслідувало обмеження законну мету.

«Зважаючи на вищезазначені зауваження, Суд також доходить висновку, що застосований до заявниці захід переслідував легітимну мету захисту громадського порядку та прав інших громадян. Залишається встановити, чи був цей захід «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення цієї мети».

П. 40 рішення.

439. Третій крок – встановлення, чи було застосоване до заявниці обмеження (стягнення у вигляді адміністративного арешту на строк 10 діб) «необхідним у демократичному суспільстві».

«Як зазначено у Кодексі України про адміністративні правопорушення та у подальших роз'ясненнях Пленуму Верховного Суду України, адміністративні правопорушення (тобто незначні правопорушення за законодавством України) караються арештом лише у виключних випадках. Проте національні суди застосували до заявниці, шістдесятитрирічної жінки без судимостей, найбільш суворе покарання за правопорушення, яке не призвело до жодного насильства або загрози. Вчиняючи так, суд посилався на відмову заявниці визнати свою провину, таким чином накладаючи на неї стягнення за небажання змінити свої політичні погляди. Суд не знаходить цьому жодного виправдання і вважає захід непропорційним переслідуваній меті.

Тому Суд вважає, що було порушено право заявниці на свободу вираження поглядів. Відповідно було порушення статті 10 Конвенції».

П. 41-42 рішення.

440. Тобто, ЄСПЛ визнав застосований до заявниці захід непропорційним переслідуваній меті, а відтак – він не може вважатися «необхідним в демократичному суспільстві». Для більш детального аналізу описаного кейсу необхідно звернутися до рішення Європейського суду з прав людини у справі «Швидка проти України» (Shvydka v. Ukraine URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a40) від 30 жовтня 2014 року, заява № 17888/12.

Ознайомтеся з рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Садоха проти України» (Sadocha v. Ukraine) від 11 липня 2019 року, заява № 77508/11.

Простежте застосування Судом «трискладового тесту» на пропорційність у цій справі.



441. Таким чином, принцип пропорційності спрямований на забезпечення балансу інтересів. Головного застосування він знайшов саме в практиці ЄСПЛ та найбільше проявляється у контексті обмеження прав людини та втручання в її права державними органами. Суд перевіряє правомірність тих чи інших обмежень шляхом застосування т. зв. «трискладового тесту», тобто шляхом покрокового дослідження, чи було таке обмеження передбачене законом, чи переслідувало легітимну (законну) мету та чи було «необхідним у демократичному суспільстві». Для констатації дотримання останньої із перелічених складових потрібно встановити, чи були причини втручання «важливими та достатніми», чи була «нагальна соціальна потреба» для такого втручання та чи пропорційне втручання до поставленої законної мети.

Питання для самоконтролю:

1. Який зміст принципу пропорційності в практиці Європейського суду з прав людини?
2. Чи всі права та свободи, гарантовані Конвенцією про права людини та основоположні свободи, можуть зазнавати обмежень?
3. Назвіть елементи «трискладового тесту».
4. В яких випадках можливість втручання вважається «передбаченою законом» в розумінні ЄСПЛ?
5. Яке втручання вважається «необхідним у демократичному суспільстві»?

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 року. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_004
2. Гацелюк В. А. Реализация принципов уголовного права Украины: проблемы и перспективы. Луганск : РИО ЛАВД, 2003. 152 с.
3. Євтошук Ю. О. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2015. 214 с. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/6097/Yevtoshuk_Dysertatsiia.pdf?sequence=10&isAllowed=y
4. Кваша О. О., Бабанли Р. Ш. Конституційні принципи в нормах Кримінального кодексу України. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2013. Вип. 2 (63). С. 35–44. URL: <https://journal.lduvs.lg.ua/index.php/journal/issue/view/23/2-2013>
5. Коэн-Элия М., Порат И. Американский метод взвешивания интересов и немецкий тест на пропорциональность: исторические корни. *Сравнительное Конституционное Обозрение*. 2011. № 3 (82). С. 59–81. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/amerikanskiy-metod-vzveshivaniya-interesov-i-nemetskiy-test-na-propportsionalnost-istoricheskie-korni/pdf>
6. Мармазов В. Є. Принцип пропорційності у практиці розгляду справ Європейським судом з прав людини. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2002. Вип. 34. Ч. 1. С. 138–143.
7. Погребняк С. Принцип пропорційності у судовій діяльності. *Філософія права і загальна теорія права*. 2012. № 2. С. 49–55. URL: <http://tta.org.ua/index.php/2227-7253/article/view/183856/183686>
8. Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика) : монографія. Харків : Право, 2008. 240 с.

9. Погребняк С. П. Принцип пропорційності в українській юридичній практиці та практиці ЄСПЛ. *Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини* : зб. наук. ст. Міжнар. наук.практ. конф., м. Одеса, 15 вересня 2012 р. Одеса : Фенікс, 2012. С. 294–310. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/9614/Pogrebniak%20294-310.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
10. Рабінович П. М. Рішення Європейського суду з прав людини як «праволюдніні» стандарти. *Європейський суд з прав людини. Матеріали практики (1993–2003 рр.)* : Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного будівництва та місцевого самоврядування Академії правових наук України. Серія II. Коментарі прав і законодавства. Вип. 4. Київ : Фенікс, 2004. С. 9–24.
11. Тлумачення та застосування Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод Європейським судом з прав людини та судами України : навчальний посібник / М. В. Мазур та ін. ; відп. ред. В. М. Карпунов. Луганськ : РВВ ЛДУВС, 2006. 600 с. URL: <https://helsinki.org.ua/files/docs/1251638730.pdf>
12. Тоцький Б. А. Принцип пропорційності: історичний аспект і теоретичні складові. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 70–74. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Chkup_2013_3_18.pdf
13. Шевченко С. Пропорційність як принцип балансування у криміналізації діянь. *Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні* : матеріали XXVII звітної наук.-практ. конф., м. Львів, 5–6 лютого 2021 р.: у 2-ох ч. Ч. 2. Львів : Юридичний факультет Львівського національного університету імені Івана Франка, 2021. С. 165–168. URL: https://law.lnu.edu.ua/wp-content/uploads/2021/02/chast_2.pdf
14. Шевченко С. В. Принцип пропорційності у вітчизняній доктрині права: дискусійні та малодосліджені аспекти. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія: Юридичні науки*. 2019. Том 30 (69). № 1. С. 103-110. URL: https://www.juris.vernadskyjournals.in.ua/journals/2019/1_2019/20.pdf
15. Шлинк Б. Пропорциональность. К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей. *Сравнительное Конституционное Обозрение*. 2012. № 2 (87). С. 56–76. <https://cyberleninka.ru/article/n/proportsionalnost-k-probleme-balansa-fundamentalnyh-prav-i-obshchestvennyh-tseley/pdf>

КЕЙСИ

1. Fressoz and Roire v. France (Фрессоз та Руар проти Франції) : Judgment of 21 January 1999. Application no. 29183/95 / European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58906>
2. Kryvitska and Kryvitskyu v. Ukraine (Кривіцька та Кривіцький проти України) : рішення від 2 грудня 2010 р. Заява № 30856/03 / Європейський суд з прав людини. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-213652>
3. Kurochkin v. Ukraine (Курочкін проти України) : Judgment of 20 May 2010. Application no. 42276/08 / European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-98825>
4. Lyashko v. Ukraine (Ляшко проти України) : Judgment of 10 August 2006. Application no. 21040/02 / European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76714>
5. Panteleyenko v. Ukraine (Пантелеєнко проти України) : Judgment of 29 June 2006. Application no. 11901/02 / European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76114>
6. Sadocha v. Ukraine (Садоха проти України) : рішення від 11 липня 2019 р. Заява № 77508/11 / Європейський суд з прав людини. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198523>
7. Shvydka v. Ukraine (Швидка проти України) : рішення від 30 жовтня 2014 р. Заява № 17888/12 / Європейський суд з прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a40
8. Soering v. The United Kingdom (Соурінг проти Сполученого Королівства) : Judgment of 07 July 1989. Application no. 14038/88 / European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>
9. Svyato-Mukhaylivska Parafiya v. Ukraine (Свято-Михайлівська Парафія проти України) : Judgment of 14 June 2007. Application no. 77703/01 / European Court of Human Rights. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81067>
10. Tolstoy Miloslavsky v. the United Kingdom (Толстой-Милославський проти Сполученого Королівства) : рішення від 13 липня 1995 р. Заява № 18139/91 / Європейський суд з прав людини. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-113043>
11. Zhovner v. Ukraine (Жовнер проти України) : рішення від 29 червня 2004 р. Заява № 56848/00 / Європейський суд з прав людини. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_221

Розділ 4 ПРАВА ЛЮДИНИ В ЗОНАХ КОНФЛІКТУ: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ ВИМІР

4.1. Екстериторіальна юрисдикція та концепт «ефективного контролю» держави в контексті захисту прав людини

4.2. Позитивні зобов'язання постраждалих держав

4.3. Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом: виклики і протидія

Цілі навчання. Даний розділ стосується сутності зобов'язань держав щодо прав людини в межах територіальної та екстериторіальної юрисдикції, з'ясування змісту концепту «ефективний контроль» держави в контексті реального захисту прав людини, поглибленого аналізу концепту «позитивні зобов'язання держави», характеристики особливостей зобов'язань постраждалих держав, специфіки сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, та пріоритетизацією протидії йому в умовах конфлікту. В результаті вивчення розділу студенти володітимуть знаннями та практичними вміннями щодо критеріїв територіального та екстериторіального застосування міжнародних конвенцій щодо прав людини та забезпечення правових рамок для аргументів сторін конфлікту у спробах вирішити його та досягти миру та стабільності, а також вмітимуть розпізнавати сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, попереджати його та реагувати на нього.

4.1. Екстериторіальна юрисдикція та концепт «ефективного контролю» держави в контексті захисту прав людини

442. В ст. 1 Європейської конвенції з прав людини зазначається, що *Високі Договірні Сторони гарантують кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені Конвенцією.* Отже, здійснення юрисдикції – це своєрідний *пороговий критерій*, який має існувати для того, щоб говорити про відповідальність держав-учасниць за Конвенцією. Варто зауважити, що це, здавалося б, просте формулювання, насправді виявилось достатньо складним у тлумаченні, особливо у тих випадках, коли мова йде про екстериторіальну юрисдикцію.

443. **Розвиток підходів до екстериторіального розуміння юрисдикції.** До початку ХХІ ст. Страсбурзька юриспруденція розвивалася в напрямку *розширення сфери дії конвенційних зобов'язань.* Тенденція до розширення розпочалася у перших справах щодо сфери дії статті 1 у середині 1960-х і на початку 1970-х рр., коли Європейська комісія з прав людини (Комі-

сія)²¹¹ вперше визнала, що Конвенція може застосовуватися екстериторіально, таким чином покінчивши з дискусіями щодо того, чи слово «юрисдикція» у розумінні статті 1 має тлумачитися лише суворо територіально (X v. Federal Republic of Germany; Ilse Hess v. United Kingdom)²¹².

444. Протягом 1970–1980-х рр. цей підхід продовжував розвиватися у низці справ, що стосувалися конфлікту між Кіпром і Туреччиною з питань захисту прав людини в зоні так званої «Турецької Республіки Північного Кіпру» (ТРПК), у бік розширеного розуміння, згідно з яким юрисдикція статті 1 «вмикається», коли права людини «вражені» Договірною Стороною Конвенції і перебувають в межах «влади» держави-учасниці Конвенції (Cyprus v. Turkey)²¹³.

445. Даний прогресивний розвиток досяг піку в середині 1990-х рр., коли Суд встановив, що Договірна Сторона може не просто здійснювати юрисдикцію над особою, а й над усією територією, яка перебувала під її «ефективним контролем» (Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections))²¹⁴.

446. Справа виникла із скарги пані Loizidou (Лоїзиду) проти Турецької Республіки на тій підставі, що після процесу турецької окупації Північного Кіпру у 1974 р. вона була позбавлена права мирно користуватися своєю власністю. Зокрема, після турецької окупації території все нерухоме майно, яке було виявлено покинутим 13 лютого 1975 р., включно з майном заявниці, було конфісковано новоутвореною Турецькою Республікою Північного Кіпру на основі конституції ТРПК. На цій підставі пані Лоїзиду стверджувала, що її права, захищені ст. 8 ЄКПЛ і ст. 1 Протоколу № 1 ЄКПЛ, були порушені турецькою владою.

447. Центральним питанням у справі було те, чи має Туреччина юрисдикцію *ratione temporis* і *ratione loci* в північній частині Кіпру не лише тому, що Туреччина визнала обов'язкову юрисдикцію ЄСПЛ 22 січня 1990 р., а й через існування ТРПК. Адже ТРПК була визнана лише Туреччиною, тоді як Рада Безпеки ООН, ухваливши відповідну резолюцію 541(1983), відмовилася визнати ТРПК незалежною державою. Один із аргументів, висунутих урядом Туреччини, полягав у тому, що ТРПК була незалежною державою, яка не була стороною ЄСПЛ і, таким чином, законно конфіскувала нерухоме майно, розташоване в північній частині острова.

²¹¹ До набуття чинності Протоколу № 11 ЄКПЛ у 1998 р. і злиття Європейської комісії з прав людини з Європейським судом з прав людини система звернення до ЄСПЛ була двухфазною; Комісія (ECommHR) вирішувала питання про прийнятність, вивчала факти, пропонувала врегулювання, давала висновок і за потреби передавала справу до Суду.

²¹² X v. Federal Republic of Germany, App no. 1065/61 (ECommHR, 25 September 1965); Ilse Hess v. United Kingdom (ECommHR, 28 May 1975).

²¹³ Cyprus v. Turkey (1982) 35 EHRR 30, 586.

²¹⁴ Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) (1995) 20 EHRR 99.

448. Заперечуючи це, пані Лоїзиду стверджувала, що оскільки Конституція ТРПК 1985 р. була – як визнано міжнародним співтовариством – не дійсною за міжнародним правом, конфіскаційні положення Конституції ТРПК не повинні застосовуватися.

449. Європейський Суд, з метою визначення того, чи була пані Лоїзиду законною власницею майна, навіть після його конфіскації згідно зі ст. 159 Конституції ТРПК, спирався на ст. 31(3) Віденської конвенції та постановив, що «...міжнародне співтовариство не розглядає «ТРПК» як державу згідно з міжнародним правом і що Республіка Кіпр залишається єдиним законним урядом Кіпру... Суд не може приписувати юридичну силу для цілей Конвенції таким положенням, як ст. 159 Конституції ТРПК, на яку посилається турецький уряд. ... Відповідно, не можна вважати, що заявниця втратила право власності на своє майно в результаті застосування ст. 159 Конституції ТРПК 1985 р.».

450. Підтвердивши, що пані Лоїзиду залишається власницею майна, Суд розглянув питання про те, чи може Туреччина бути притягнута до відповідальності за це ймовірне порушення. Відповідаючи на дане запитання, Суд виходив з того, що «відповідальність Договірних держав може бути пов'язана з діями та бездіяльністю їхніх органів влади, які призводять до наслідків за межами їхньої території. Відповідно до принципів міжнародного права, що регулюють відповідальність держав, Суд визнав, що особливе значення для даної справи має те, що відповідальність Договірної Сторони може також виникнути, коли внаслідок військових дій – законних чи незаконних – вона здійснює ефективний контроль над територією за межами своєї національної території. Обов'язок забезпечити в такій сфері права і свободи, викладені в Конвенції, впливає з факту такого контролю, незалежно від того, чи здійснюється він безпосередньо, через її збройні сили або через підпорядковану місцеву адміністрацію» (п. 52).

451. Вказавши на присутність турецьких військових на острові як доказ ефективного контролю, Суд зазначив, що «зобов'язання забезпечити заявниці права і свободи, викладені в Конвенції, поширюється на північну частину Кіпру» (п. 56).

452. «З наведених вище міркувань випливає, що постійна відмова заявниці у доступі до її власності у Північному Кіпрі та пов'язана з цим втрата будь-якого контролю над майном є питанням, яке підпадає під «юрисдикцію» Туреччини за змістом ст. 1 Євроконвенції і, таким чином, приписується Туреччині» (п. 57).

453. Отже, починаючи зі справи *Loizidou v. Turkey*, судова практика ЄСПЛ щодо ст. 1 Конвенції концептуалізувала юрисдикцію як ефективний загальний контроль над певною територією.

454. Згодом у практиці Європейського Суду з прав людини відбувся *новий поворотний момент щодо питань юрисдикції* – у 2001 р. у справі *Banković and Others v. Belgium and Others (dec)*²¹⁵.

23 квітня 1999 року вранці об'єднані сили НАТО здійснили авіаудари по радіо- та телевізійній станції в Белграді (на той час це територія Федеративної Республіки Югославія (ФРЮ), яка не була учасницею Європейської конвенції з прав людини). Цей рейд був частиною набагато більш масштабної реакції НАТО на конфлікт у регіоні Косово в Сербії. Бомбардування станції призвело до загибелі 16 людей і поранення такої ж кількості. Родичі загиблих звернулися до Європейського Суду з прав людини, стверджуючи про порушення 17-ма європейськими країнами-членами НАТО прав людини за ст. 2 Конвенції (право на життя), ст. 10 Конвенції (право на свободу самовираження), ст. 13 Конвенції (право на ефективний засіб юридичного захисту).

Спробуйте відповісти на запитання, чи настає відповідальність за Європейською конвенцією з прав людини за дії, вчинені декількома Договірними державами спільно з державою, яка не є договірною? Чи накладає стаття 1 Євроконвенції територіальне обмеження на загальне зобов'язання Договірних держав забезпечувати права і свободи, визначені у Конвенції? Чи змінилася б правова оцінка, якби держави здійснили бомбардування на своїй території? А якою була б оцінка, якби ФРЮ була учасницею Конвенції? Чи однаково регулюють питання захисту прав людини правові режими права прав людини і міжнародного гуманітарного права? Які права є невідступними і що таке дерогація та які її підстави?

При підготовці відповіді на завдання використовуйте матеріали рішення ЄСПЛ *Banković and Others v. Belgium and Others (dec)* App no. 52207/99, GC, ECtHR, 12 December 2001.



В даній справі щодо повітряного бомбардування силами НАТО радіо- та телестанції в Белграді, розглянувши заяву, подану від імені постраждалих та сімей загиблих під час атаки, Велика палата ЄСПЛ одногосно визнала її неприйнятною, оскільки «держави-відповідачі не мали юрисдикції ні щодо жертв на момент їх смерті, ні щодо території, про яку йдеться». Суд у даному рішенні оголосив юрисдикцію «в першу чергу територіальною», і позначив, що екстериторіальна юрисдикція виникає лише за виняткових обставин.

455. Справа Banković і обмежувальний підхід до юрисдикції. *Обмежуючи попередній розширювальний розвиток*, Суд пішов ще далі, припустивши, що доктрина живого інструменту не може використовуватися для розширеного тлумачення Конвенції і що юрисдикцію слід розуміти у зв'язку з її значенням у міжнародному публічному праві. Він також запровадив концепцію європейського «правового простору», до якого мають застосовуватися зобов'язання по Конвенції. У рішенні щодо неприйнятності даної заяви було зазначено: «Обов'язком Суду було враховувати осо-

²¹⁵ *Banković and Others v. Belgium and Others (dec)*. App no. 52207/99, GC, ECtHR, 12 December 2001. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press> \l“{“item id”:[“003-470135-471261”]}

бливий характер Конвенції як конституційного інструменту європейського суспільного порядку. Конвенція є договором, що діє переважно у регіональному контексті і в рамках правового простору сторін. Федеративна Республіка Югославія не підпадала під цей правовий простір, і тому дане рішення не залишає прогалин в системі захисту, передбаченій Конвенцією» (пп. 79–81).

456. Отже, у справі *Banković ЄСПЛ змінив юрисдикцію ст. 1 Конвенції в обмежувальному сенсі*, сказавши, що кінетичне застосування сили (повітряне бомбардування) не утворило юрисдикційний зв'язок.

457. Такий підхід пов'язаний з тим, що Суд діяв під впливом *двох імпульсів*. З одного боку, раніше Суд просував юрисдикцію для розширення сфери застосування Конвенції та усунення будь-яких прогалин у захисті прав і свобод людини, гарантованих Конвенцією. А з іншого боку, судді почали побоюватися надмірного розширення юрисдикції, адже надто розширювальне тлумачення екстериторіальних зобов'язань держави могло б зробити зобов'язання держав нереалістичними та поставити під загрозу легітимність Суду та його загальний політичний вплив за умови, якщо його рішення почнуть ігноруватися Договірними Сторонами²¹⁶.

458. Діючи як стратегічний гравець, суд у справі *Banković* змінив етос свого попереднього підходу до юрисдикції, намагаючись уникнути розгляду майбутніх справ, пов'язаних із військовими втручаннями Заходу за межі Європи. Зачитуючи рішення через три місяці після терактів 11 вересня 2001 р., коли європейські сили вже брали участь у операціях в Афганістані, Суд намагався уникнути напливу складних справ, пов'язаних із закордонним «полем бою».

459. **Дорожня карта для визначення питань юрисдикції і справа *Al-Skeini*.** Втім, цей *обмежувальний період тривав недовго*, і зрештою, після неоднозначного періоду практики, що намагалася вистояти між двома вищеназваними тенденціями, через десятиліття після *Banković* Суд знову розширив розуміння Конвенції за межі Європи, розглянувши низку справ, пов'язаних із порушеннями прав людини Договірними Сторонами в Іраку. Знаковим у цьому плані стало рішення 2011 р. у справі *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*²¹⁷ (*Аль-Скейні*), де, розглядаючи серію смертей іракських громадян від рук британських військ у Басрі, Суд намагався *систематизувати питання щодо юрисдикції більш чітко, ніж раніше*.

²¹⁶ *Mallory C.* A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights? Available at: <http://www.qil-qdi.org/a-second-coming-of-extraterritorial-jurisdiction-at-the-european-court-of-human-rights/#:~:text=If%20a%20'second%20coming'%20%E2%80%93,natural%20part%20of%20the%20process>

²¹⁷ *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*. App no 55721/07, GC, ECtHR, 7 July 2011. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105606%22%5D%7D>

460. У справі «Аль-Скейні» Суд виклав розділ «Загальні принципи, релевантні до юрисдикції згідно зі ст. 1 Конвенції», де він визначив здійснення екстериторіальної юрисдикції через дві категорії. Просторова основа, яка виникає, коли держава здійснює *de facto* ефективний контроль над територією поза своїм кордоном, і *персональна основа*, коли Договірна Сторона здійснює повноваження через державного агента та контроль над особами (пп. 138-140). Потім Суд означив, коли може виникнути така *персональна юрисдикція*, включаючи ситуації:

- 1) коли вона здійснюється через дипломатичних і консульських агентів;
- 2) коли державні агенти здійснюють публічні повноваження на території іншої держави, і
- 3) коли фізична особа потрапляє під юрисдикцію держави через застосування сили.

461. Суд заявив, що не було необхідності визначати, чи існувала юрисдикція внаслідок того, що британські сили здійснювали ефективний військовий контроль над Південно-Східним Іраком, адже Сполучене Королівство здійснювало персональну юрисдикцію шляхом управління публічною владою в регіоні.

462. Справа Аль-Скейні стосувалася вбивства британськими солдатами, що в рамках коаліції збройних сил здійснювали операції з безпеки, шести іракських мирних жителів на півдні Іраку у 2003 р. Четверо з них були вбиті під час рейдів чи патрулювання, один – в результаті побиття і штовхання в річку британськими солдатами, що його арештували, і останній помер в результаті задухи, маючи на тілі 93 характерних жорстоких поранення та перебуваючи в утриманні на базі британської армії. У березні 2004 року Державний секретар з питань оборони Сполученого Королівства вирішив у зв'язку зі смертю 13 цивільних осіб в Іраку, включаючи 6 родичів заявників у справі Аль-Скейні, не проводити розслідування загибелі, не брати відповідальність за їхню смерть і не сплачувати сатисфакцію. У 2007 р. Палата лордів Сполученого Королівства постановила, що Акт про права людини 1998 р. не поширюється на дії солдатів, окрім тих, які знаходяться на армійській базі. Однак Велика палата ЄСПЛ зазначила, що уряд Великобританії зобов'язаний провести ефективне розслідування смерті всіх цивільних осіб, убитих британськими солдатами, незалежно від того, перебували вони в межах британської військової бази чи ні. Європейський Суд базував своє рішення на тому факті, що Велика Британія взяла на себе відповідальність за підтримання безпеки на півдні Іраку і здійснювала «контроль і владу» над іракськими цивільними.

463. Таким чином рішення «Аль-Скейні» стало основою для ясного вирішення питань щодо екстериторіального застосування Конвенції, надавши

національним судам щось на кшталт дорожньої карти, якої вони могли б дотримуватися у застосуванні принципів, розроблених Судом.

464. Розширене розуміння концепції «влади та контролю». У справі *Jaloud v. the Netherlands*²¹⁸ Суд зіткнувся з ситуацією, яка не повною мірою вписувалася в рамки «Аль-Скейні», – її фактична основа полягала у тому, що особа загинула в результаті розстрілу на військовому блокпосту в Іраку, в той час як справа Аль-Скейні стосувалася утримання потерпілого під вартою. *Концепція «влади та контролю» над особами в такому сценарії, що виходить за межі фізичної влади та контролю, здійснюваних в контексті арешту або затримання, була вирішена Судом з такою аргументацією, що Jaloud підпадав під юрисдикцію Нідерландів не тому, що стрілянина сама по собі як застосування сили створює юрисдикційний зв'язок, а тому, що він проходив через контрольний пункт, створений з метою підтвердження влади та контролю над особами, які проходять через нього* (п. 152).

465. «Особливі ознаки» та юрисдикційний зв'язок. У рішенні «*Hanan v. Germany*»²¹⁹ Суд вирішував, чи порушила Німеччина зобов'язання щодо розслідування за ст. 2 Конвенції, в ситуації повітряного удару, до якого вона була причетна, що призвів до загибелі групи мирних жителів в Афганістані. Хоча саме пілоти американських повітряних сил, що контролювалися НАТО, знищили нафтовий танкер, про який йде мова у справі, убивши перехожих, вони зробили це на основі даних німецької розвідки, згідно з якими танкери з паливом були викрадені і оточені повстанцями (але насправді виявилось, що вони оточені цивільними). На думку Суду, це спричинило можливий юрисдикційний зв'язок між жертвами та Німеччиною. Велика палата постановила, що ст. 1 Конвенції була задіяна, і що Німеччина зобов'язана провести розслідування відповідно до ст. 2 ЄКПЛ. Відповідно до Угоди з НАТО, Німеччина зберігала виняткову кримінальну юрисдикцію щодо серйозних злочинів над своїми військами, розгорнутими з Міжнародними силами сприяння безпеці (*International Security Assistance Force (ISAF)*). Вона була зобов'язана розслідувати будь-які серйозні злочини, скоєні її військами відповідно до міжнародного гуманітарного права та внутрішнього права. На цій підставі Велика палата постановила, що існували «*особливі ознаки*» (*special features*), які спричинили існування юрисдикційного зв'язку для цілей ст. 1 Конвенції щодо процесуального обов'язку проводити розслідування відповідно до ст. 2 (п. 142).

²¹⁸ *Jaloud v. the Netherlands*. App no. 47708/08, GC, ECtHR, 20 November 2014. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:\[%22jaloud%22\],%22itemid%22:\[%22001-148367%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22fulltext%22:[%22jaloud%22],%22itemid%22:[%22001-148367%22]})

²¹⁹ *Hanan v. Germany*. App no. 4871/16, GC, ECtHR, 16 February 2021. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-208279%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-208279%22]})

466. Висновок про юрисдикцію в цій справі став значущим і явив собою розвиток у міжнародній юриспруденції щодо екстериторіального виконання зобов'язань держав у сфері прав людини, коли ці держави здійснюють дії за кордоном або вводять війська. Однак, як і попередні справи ЄСПЛ щодо юрисдикції (включаючи *Al-Skeini та Jaloud*), *Hanan* стосується юрисдикції виключно через порушення процесуального аспекту права на життя. У своєму висновку ЄСПЛ підтвердив, що, залишаючи осторонь питання основного діяння, держава дійсно має юрисдикцію та зобов'язана відповідно до Конвенції розслідувати звинувачення щодо її дій, що призвели до смерті людини, коли міжнародне гуманітарне право та внутрішнє право аналогічним чином зобов'язали її провести таке розслідування. Суд намагався підкреслити, що, незважаючи на те, що він виявив зв'язок юрисдикції щодо процесуального аспекту статті 2, він не ухвалював жодного рішення щодо матеріального аспекту. Меншість суддів у рішенні висловили стурбованість тим, що спосіб, яким більшість прийняла рішення про застосування «особливих ознак», не мав юридичної визначеності, необхідної для того, щоб сторони відповідно до Конвенції могли зрозуміти й обґрунтовано передбачити виконання своїх зобов'язань.

467. «**Воскресіння Banković**» і обмежувальний підхід до юрисдикції. Побоювання Суду щодо розширення розуміння юрисдикції виявилось у справі *Georgia v. Russia (II)*²²⁰, яка стосувалася конфлікту між державами у 2008 р. щодо двох регіонів у Грузії – Абхазії і Південної Осетії.

468. Рішення Суду викликало серед експертів з прав людини реакцію, що дане рішення є «воскресінням Banković»²²¹. Дана метафора пов'язана з тим, що Велика палата одинадцятьма голосами проти шести постановила, що російські сили *не здійснювали юрисдикцію протягом активної фази конфлікту під час війни в Грузії*. Для більшості просторову юрисдикцію не вдалося знайти через «саму реальність збройного протистояння та боротьби між ворожими військовими силами, які прагнуть встановити контроль над територією в контексті хаосу». Активному конфлікту також надали «вирішальну вагу» у висновку про те, що жодна юрисдикція також не здійснювалася на персональній основі. У міркуваннях більшості було очевидно, що на їхні висновки вплинули потенційно ширші наслідки даного рішення.

469. Для розуміння справи ключовим моментом є *розрізнення* між п'ятиденною *фазою «активних бойових дій»* конфлікту (8–12 серпня 2008 р.) і порушеннями прав людини, які відбулися в цей період, і *фазою окупації*

²²⁰ *Georgia v. Russia (II)*. App no. 38203/68, GC, ECtHR, 21 January 2021. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-207757%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-207757%22])

²²¹ *Milanovic M.* *Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos*. Available at: <https://www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/>

після припинення вогню за посередництва ЄС 12 серпня та подальші порушення. Ця відмінність сформувала все судження Суду у цілому.

470. Що стосується подій після 12 серпня, Суд встановив, що Росія фактично контролювала сепаратистські утворення Абхазії та Південної Осетії, а також «буферну зону», створену російськими збройними силами на території власне Грузії. Він застосував просторове поняття юрисдикції у сенсі ст. 1 ЄКПЛ як контроль над територією і встановив, що Росія контролює всі ці території безпосередньо власними силами або довіреними збройними групами. Отже, щодо цього періоду міркування Суду виглядають простими і безпроблемними.

471. В той же час підхід Суду до «активної» фази конфлікту викликав серйозну *стурбованість правозахисної спільноти*. Суд 11 голосами проти 6 встановив, що він не може застосувати ні просторову модель юрисдикції (контроль над територією), ні персональну модель (влада, контроль над жертвою з боку державного агента) до жодного із стверджуваних істотних порушень ст. 2 ЄКПЛ (право на життя), вчинені в цей період.

472. Разом з тим варто відзначити, що коли йдеться про права осіб, які були затримані та піддані жорстокому поводженню (навіть під час активної фази конфлікту), Суд визнав, що Росія мала юрисдикцію щодо цих осіб ще до дати 12 серпня. Обмежувальний юрисдикційний підхід Суду до питань кінетичного застосування сили, натхненний *Banković*, стосувався лише матеріального аспекту ст. 2, тобто обов'язком поважати право на життя шляхом утримання від невинуватого застосування сили. Водночас, Суд відзначив, що Росія має процесуальне зобов'язання за ст. 2 розслідувати потенційно незаконне застосування летальної сили, скоєне під час активної фази конфлікту. Його підхід до юрисдикції в цьому відношенні навряд чи можна назвати зразком ясності, але важливо, що він дещо пом'якшує обмеження щодо матеріального зобов'язання і має серйозні наслідки для іноземних військових інтервенцій європейських держав щодо процесуального обов'язку проводити розслідування.

473. Отже, підсумовуючи, Суд встановив, що Росія:

- не мала юрисдикції за ст. 1 ні в рамках просторової, ні в рамках персональної моделі з метою оцінки законності кінетичного застосування сили, наприклад артилерійського обстрілу, під час активної фази конфлікту;
- мала юрисдикцію з метою розслідування потенційно незаконного застосування сили навіть під час активної фази конфлікту;
- мала просторову юрисдикцію після 12 серпня 2008 р. до моменту виведення своїх військ через кілька місяців;
- мала юрисдикцію щодо всіх осіб, які були позбавлені волі, навіть під час активної фази конфлікту.

474. Вакуум у захисті конвенційних прав. Професор публічного міжнародного права Марко Міланович з Школи права Нотінгемського університету стверджує, що дане рішення знову відкрило вакуум у захисті, який уже існував у практиці Суду після *Banković* – в питанні кінетичного використання сили без територіального контролю, – додавши лише, що окрім повітряного бомбардування така сила може застосовуватися і у наземному бою (хоча різниця між повітряним бомбардуванням та артилерійським обстрілом великої дальності в будь-якому випадку не має сенсу)²²².

475. Під час аналізу юрисдикції у цій справі Суд підкреслює, що він обмежує свою діяльність лише міжнародним збройним конфліктом і каже, що сама реальність збройного протистояння та бойових дій між військовими силами противника, які прагнуть встановити контроль над територією в контексті хаосу, означає, що контроль над територією відсутній. Обмежуючи свою діяльність лише міжнародним збройним конфліктом, Суд залишає зовсім незрозумілим, як він ставиться до ситуацій, у яких існує неміжнародний збройний конфлікт або летальна сила використовується за обставин нижче порогу збройного конфлікту.

476. Проблема з міркуванням Суду тут полягає в його категоричній бінарності в уявленні про те, що завжди в конфлікті може працювати перемикач «все/або нічого». Але насправді контроль може встановлюватися доволі поступово, і в такій ситуації подібний поділ конфлікту на фази, що впливає на визначення питань юрисдикції, може бути доволі проблематичним.

477. Що ж стосується концепції юрисдикції з точки зору персональної моделі, то Суд підсумовує низку справ у цьому відношенні, які суперечили рішенню *Banković* тим, що встановлювали, що простого використання кінетичної сили було достатньо для створення юрисдикційного зв'язку навіть тоді, коли концепція «влади та контролю державного агента» над особами виходила за межі сценарію фізичної влади та контролю, здійснених у контексті арешту або затримання.

478. Суд зазначає, що ці справи стосувалися окремих та конкретних дій, які передбачають «елемент близькості», і вони тим самим відрізняються від даної справи, яку він розглядає, а отже персональна юрисдикція тут теж незастосовна.

479. Туманна концепція Суду, на думку критиків, створює ризики викривленого тлумачення: або одноразове застосування летальної сили – чи то екстериторіальне вбивство, як-от вбивство Литвиненка, чи напади в Солсбері, чи навіть потенційні удари безпілотниками – більше заслуговує на захист, ніж масове, систематичне застосування летальної сили; або ситуація, коли солдат стріляє в когось із пістолета чи гвинтівки, чи коле когось ножем, – більше заслуговує на захист, ніж бомбардування з відстані чи

²²² Idem.

артилерійський обстріл. Очевидно, що подібні підходи виглядають абсолютно непереконливо як принципова межа юрисдикції²²³.

480. Втім, завершуючи свій аналіз, Суд обережно підкреслює, що таке тлумачення поняття «юрисдикція» у ст. 1 Конвенції може здатися незадовільним для передбачуваних жертв дій та бездіяльності держави-відповідача під час активної фази бойових дій у контексті міжнародного збройного конфлікту за межами її території, але на території іншої Договірної Держави, а також до держави, на території якої ведуться активні бойові дії. Проте, Суд зауважує, що такі ситуації переважно регулюються правовими нормами, відмінними від Конвенції (зокрема, міжнародним гуманітарним правом або правом збройних конфліктів), і тому Суд не в змозі розвивати свою прецедентну практику за межами розуміння поняття «юрисдикція», яке було встановлено його власною юриспруденцією на сьогоднішній день.

481. Якщо, як у цій справі, на Суд покладається завдання оцінки актів війни та активних бойових дій у контексті міжнародного збройного конфлікту за межами території держави-відповідача, Договірні Сторони повинні забезпечити необхідну правову основу для виконання такого завдання. У зв'язку з цим Суд повторює, що це не означає, що держави можуть діяти поза будь-якими правовими рамками; вони зобов'язані дотримуватися дуже детальних норм *міжнародного гуманітарного права* в такому контексті.

482. Розрив між універсальністю та ефективністю захисту прав людини. Отже, Суд окреслює ті реальні труднощі, з якими він стикається, намагаючись подолати розрив між універсальністю захисту прав людини і ефективністю системи Конвенції у цілому. Зрозуміло, що у даному рішенні більшість Суду хотіла перешкодити розгляду питань збройного конфлікту, підкресливши автономію відповідних правових рамок. В той же час важливо побачити, як суд акцентує, що *право прав людини в будь-якому разі не вимикається під час конфліктів*, а окремі думки суддів наголошують на необхідності подолати плутанину у питанні екстериторіальної юрисдикції, протистояти фрагментації міжнародного права та прагнути до основної мети Конвенції про встановлення миру в Європі після подій Другої світової війни.

483. Мова йде про те, що сучасна юриспруденція спирається на думку, що зобов'язання держави стосовно поваги та захисту прав людини не зникають в умовах збройних конфліктів навіть у разі втрати контролю над частиною власної території. Поряд з тим під час збройного конфлікту підлягає застосуванню міжнародне гуманітарне право (МГП), яке поширюється на всі види таких конфліктів та на всі сторони таких конфліктів.

²²³ Idem.

484. *Норми МГП та міжнародного права прав людини взаємодоповнюють одне одного та застосовуються комплементарно*, про що свідчить практика міжнародних організацій, моніторингових органів та судових установ, у тому числі практика ЄСПЛ. Положення самих міжнародних договорів про права людини не виключають їх застосування у період збройних конфліктів, хоча й передбачають *можливість відступу держави від окремих зобов'язань під час надзвичайної ситуації (дерогації)*. Так, ст. 15 ЄКПЛ надає державам, у виняткових випадках, можливість відступу, тимчасово, в обмеженому обсязі і під наглядом, від їх зобов'язання забезпечити певні права і свободи відповідно до Конвенції (див., зокрема, *Lawless v. Ireland*²²⁴, де Суд підкреслив необхідність знайти суворе дотримання кожної умови, що впливає на право відступу).

485. Верховна Рада України постановою від 21 травня 2015 р. № 462-VIII затвердила Заяву «Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод». За логікою даного документу, відступ від окремих зобов'язань за вказаними міжнародними договорами стосувався підконтрольного Україні району проведення довготривалої антитерористичної операції, тоді як «Російська Федерація як держава, яка фактично окупувала і контролює частину Донецької і Луганської областей, відповідає за дотримання і захист прав людини на цих територіях як за міжнародним гуманітарним правом, так і за міжнародним правом захисту прав людини» (п. 2 Заяви), а також несе «повну відповідальність за дотримання прав людини і виконання відповідних міжнародних договорів» на анексованій території АРК (п. 1 Заяви).

486. Окупація, ефективний контроль та захист прав людини. Якщо говорити про класичне визначення окупації, то воно було сформульоване у ст. 42 Гаазької IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі 1907 р.: «Територія визнається окупованою, якщо вона фактично перебуває під владою армії супротивника. Окупація поширюється лише на ту територію, де така влада встановлена і здатна виконувати свої функції». Ст. 2 Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни 1949 р. додає до цього визначення, що термін «окупація» застосовується до всіх випадків часткової або повної окупації, включаючи випадки, коли окупація не натрапляє на жодний збройний спротив.

487. Таким чином, щоб розраховувати на позитивне рішення міжнародних судів щодо «класичної» окупації, необхідно довести, що певна держава безпосередньо захопила повністю чи частково територію іншої держави

²²⁴ *Lawless v. Ireland*. No. 1/61, ECtHR, 1 July, 1961. Available at: https://www.cvce.eu/en/obj/judgment_of_the_european_court_of_human_rights_lawless_v_ireland_1_july_1961-en-4e78b492-9973-4616-86af-ca411d9e771e.html

(при наявності спротиву чи без такого) і встановила там свою владу – ввела офіційні війська, створила свої органи влади, суди тощо.

488. Але дані правила, встановлені Гаазькими конвенціями і розвинені у Женевських конвенціях, згодом стикнулися з новою соціальною реальністю – *гібридними збройними конфліктами*, коли держави приховано використовують різноманітні озброєні угруповання, приватні військові компанії, фінансуючи та підтримуючи їх усіма можливими способами. У таких випадках доведення факту окупації може видатися доволі проблематичним.

489. Тому на допомогу приходять більш гнучкі та адаптовані до реалій сучасності концепції та підходи для встановлення відповідальності за порушення прав людини у таких конфліктах. Зокрема, Європейський суд з прав людини винайшов та вельми успішно використовує концепт *«ефективного контролю»*, який дозволяє врахувати випадки «непрямих» захоплень територій інших держав та визначати підстави для відповідальності за порушення прав людини.

490. При цьому, якщо факт домінування держави над місцевістю поза межами своєї національної території встановлено, не є необхідним визначати, чи здійснює держава-учасниця детальний контроль над політикою та діяльністю підлеглих (subordinate) місцевих адміністрацій. Той факт, що місцева адміністрація існує в результаті військової та іншої підтримки певної держави, тягне за собою відповідальність цієї держави. Отже, якщо Суд встановлює, що одна держава здійснює такий ефективний контроль, то її обов'язок захищати права і свободи, визначені Європейською конвенцією, у цій місцевості виникає саме з факту цього контролю, незалежно від того чи здійснюється він безпосередньо – через збройні сили держави, або через підлегли місцеві адміністрації. На контролюючу державу згідно зі ст. 1 Європейської конвенції про захист прав людини покладається відповідальність захищати весь спектр прав і свобод, визначених у Конвенції та додаткових Протоколах до неї, ратифікованих цією державою, в рамках території, що перебуває під її ефективним контролем. Для вирішення питання про існування ефективного контролю Суд у першу чергу враховує *тривалість військової присутності держави на цій місцевості, обсяг економічної та політичної підтримки державою місцевої адміністрації, обсяг її впливу та контролю над регіоном*. Крім того, не варто забувати про персональну модель юрисдикції, коли держава буде відповідальною за порушення прав людини, якщо вона *через свої органи або представників впливає на територію іншої держави, у тому числі й на суб'єктів на цій території, здійснюючи контроль над ними*.

491. Розвиваючи розуміння концепту «ефективний контроль», в українському контексті важливо звернути увагу на рішення про прийнятність міждержавного позову, поданого Україною проти Росії щодо систематичних порушень прав людини в Криму *«Ukraine v. Russia (Re Crimea)»*,

ухвалене Великою палатою Європейського суду з прав людини 16 грудня 2020 року²²⁵. Щодо юрисдикції Суд встановив, що *Росія здійснює ефективний контроль над територією Криму*, і що вона зобов'язана застосовувати Конвенцію не лише з моменту анексії Криму, а й за кілька тижнів до цього. На підставі доказів Суд сформулював більш структурований підхід, ніж у більшості попередніх справ, і встановив факт існування *адміністративної практики порушення прав людини* з боку Росії майже для всіх порушень, про які стверджує Україна.

492. Разом з тим, Суд намагався уникнути питання суверенітету над Кримом. Він постановив, що йому не потрібно було висловлюватись щодо законності та наслідків анексії Криму Росією: «Суд вважає, що він не покликаний абстрактно вирішувати питання про «законність» передбачуваного «вторгнення» та «окупації» Криму Російською Федерацією інакше, як посилаючись на правила, що містяться в Конвенції. Уряд-заявник також не вимагає від Суду рішення щодо законності «анексії Криму» як такої згідно з міжнародним правом, і, відповідно, його правового статусу після цього. Ці питання не були передані до Суду і тому не є предметом спору, який розглядається ним. Відповідно, вони виходять за рамки справи і не будуть безпосередньо розглядатися Судом» (п. 244).

493. Деякі дослідники вважали, що подібна позиція є обгрунтованою, оскільки прямолінійне «продавлювання» питання про суверенітет хоча і є політично дуже важливим для постраждалих держав, але загалом дуже мало робить для просування питання реального захисту прав людини²²⁶. Тому варто зосереджуватися саме на питанні фактичного ефективного контролю, залишивши дещо осторонь питання суверенітету. Такий підхід, започаткований ще у *Loizidou v. Turkey*, був дещо ускладнений окремими юриспруденціями Суду, зокрема, *Pascu and Others v. Moldova and Russia* (детальніше про вплив даної справи йтиметься у наступному підрозділі), адже у цій справі юрисдикція обгрунтовувалася на суверенному титулі, навіть хоча держава втратила контроль над своєю територією. Проте, такі проблеми не є нерозв'язними, і підходи Суду можуть розумно співіснувати, не обмежуючись суто рішенням щодо територіального титулу.

494. У аналізованому рішенні по Криму щодо прийнятності Суд підкреслив в своїй аргументації наступні речі: подвоєння російської військової присутності в Криму у відповідний період; елітний статус розгорнутих сил, які мали перевагу над українськими силами в Криму; той факт, що

²²⁵ *Ukraine v. Russia (Re Crimea)*. App nos. 20958/14 and 38334/18, GC, ECtHR, Admissibility decision, 16 December 2020. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-207622%22%5D%7D>

²²⁶ *Milanovic M.* ECtHR Grand Chamber Declares Admissible the Case of Ukraine v. Russia re Crimea. Available at: <https://www.ejiltalk.org/ecthr-grand-chamber-declares-admissible-the-case-of-ukraine-v-russia-re-crimea/>

Росія не мала реальних причин для розгортання цих сил, окрім того, щоб отримати контроль над територією; той факт, що Україна могла надати повністю узгоджений звіт про те, як російські війська знерухомили українські сили; і заяви російських офіційних осіб, включаючи президента Путіна, проти інтересів України, які Суд визнав доказовими. Суд надав «особливу вагу прямому визнанню того, що Російська Федерація «роззброїла військові частини української армії та правоохоронних органів» і що «російські військовослужбовці підтримали сили самооборони Криму». Таким чином, Суд встановив, що Росія здійснювала ефективний контроль у Криму з 27 лютого 2014 р. (п. 335).

495. Що ж стосується періоду з 27 лютого по 18 березня 2014 р., то Суд у пп. 338–347 даного рішення намагався вирішити питання про те, чи відрізнялася чимось юрисдикція Росії в ці періоди. В принципі, важливим залишається саме те, що Росія здійснювала ефективний контроль. Проте Україна хотіла, щоб Суд опосередковано висловився щодо суверенітету над Кримом – наприклад, ухвалюючи рішення про те, чи порушує встановлення кордону між Кримом та рештою України свободу пересування «в межах території держави» у сенсі ст. 2 Протоколу № 4 Конвенції. Росія ж не хотіла, щоб Суд проголосив суверенітет прямо чи опосередковано. Суд у цьому питанні сказав наступне:

496. «Як стверджував Уряд-відповідач, і Суд погоджується, Суд не повинен визначати, чи змінив і в якій мірі Договір про приєднання від 21 березня 2014 р., відповідно до міжнародного публічного права, суверенну територію держави-відповідача або держави-заявника. Держава-відповідач також запропонувала Суду не вирішувати питання про характер своєї юрисдикції після 18 березня 2014 р. (див. п. 306). Відповідно, Суд не може не зазначити, що Уряд-відповідач, по суті, не висунув позитивної заяви про те, що суверенна територія будь-якої зі сторін у справі була змінена. Крім того, Суд також зазначає в цьому контексті, що низка держав і міжнародних організацій відмовилися прийняти будь-які зміни територіальної цілісності України щодо Криму в розумінні міжнародного права (див. пп. 211, 214, 216 і 217). Як зазначив Арбітражний трибунал у § 174 свого вищезгаданого рішення від 21 лютого 2020 р. (§ 244 вище), «вплив фактичних та юридичних рішень, зроблених у резолюціях ГА ООН [Резолюція 68/262 щодо територіальної цілісності України, див. § 211 вище), як підтверджено в наступних резолюціях 73/263, 71/205 і 72/190 ГА ООН, див. §§ 212 і 213 вище), значною мірою залежить від їх змісту та умов і контексту їх прийняття, як вага, яку слід надавати таким резолюціям міжнародного суду чи трибуналу». Тим не менш, Суд вважає, що для цілей цієї справи ці акти не можна ігнорувати (див., *mutatis mutandis*, *Loizidou v. Turkey (merits)*, 18 грудня 1996 р., § 56, *Reports of Judgments and Decisions 1996-VI*)» (п. 348).

497. «Отже, для цілей цього рішення про прийнятність Суд буде виходити з припущення, що юрисдикція держави-відповідача над Кримом має форму або характер «ефективного контролю над територією», а не у формі чи характері територіальної юрисдикції» (п. 349).

498. Юридичні наслідки війни Росії проти України. Широкомасштабне вторгнення Росії в Україну 24 лютого 2022 р., що стало продовженням збройного конфлікту, який Росія розпочала 20 лютого 2014 р. анексією українського Криму і згодом окупацією окремих територій Донецької і Луганської областей та бойовими діями у них, поставило складні виклики, які вимагають, серед іншого, і юридичних відповідей, у тому числі термінових.

499. Так, Європейський суд з прав людини згідно з правилом 39 Регламенту Суду може вказати на тимчасові заходи будь-якій державі-учасниці Європейської конвенції з прав людини. Тимчасові заходи – це невідкладні заходи, які, згідно з усталеною практикою Суду, застосовуються лише у випадках, коли існує безпосередній ризик непоправної шкоди. 28 лютого 2022 р. ЄСПЛ отримав запит від українського уряду вказати на невідкладні тимчасові заходи уряду Російської Федерації щодо «масових порушень прав людини, скоєних російськими військами у ході воєнної агресії проти суверенної території України». 1 березня 2022 р. Суд постановив вказати уряду Росії утриматися від військових нападів на цивільних осіб і цивільні об'єкти, включаючи житлові приміщення, транспортні засоби швидкої допомоги та інші цивільні об'єкти, які особливо захищаються, такі як школи і лікарні, а також негайно забезпечити безпеку медичних закладів, персоналу та транспортних засобів екстреної допомоги на території, яка перебуває під ударом або в облозі російських військ²²⁷. Пізніше ці заходи були розширені, у тому числі щодо необхідності захисту прав українських військовополонених захисників.

500. Відповідно до резолюції КМ РЄ від 16 березня 2022 р. Росія була виключена з Ради Європи²²⁸. Резолюція щодо наслідків про припинення членства у світлі ст. 58 ЄКПЛ, прийнята на пленарному засіданні ЄСПЛ 22 березня 2022 р., встановила, що Росія припиняє бути Високою Договірною стороною Конвенції з 16 вересня 2022 р.²²⁹ Пленарне засідання Суду

²²⁷ Interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22itemid%22:%2003-7272764-9905947%22> }

²²⁸ Resolution CM/Res(2022)2 on the cessation of the membership of the Russian Federation to the Council of Europe. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a5da51

²²⁹ Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights. URL: https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf

5 вересня 2022 р. прийняло офіційне повідомлення, що посада судді від РФ в ЄСПЛ також припиняється²³⁰.

501. Хоча Росія дотримується політики ігнорування міжнародних зобов'язань, роль міжнародних судових механізмів у притягненні до відповідальності Росії за масові порушення прав людини на території України з 2014 р. залишається значною. За вісім років війни Україна подала до ЄСПЛ десять міждержавних заяв проти Росії, які наразі об'єднані Судом у п'ять справ, що стосуються різних періодів конфлікту і різних порушень прав людини (щодо Криму; щодо подій на Сході України; щодо нападу на українських моряків у Керченській протоці 29 листопада 2018 р.; щодо політичних вбивств опонентів Росії на своїй території та поза її межами; щодо широкомасштабного збройного вторгнення Росії з 24 лютого 2022 р.).

502. Ще одним важливим юридичним треком, на якому знаходиться Україна, є справа у Міжнародному суді ООН, куди Україна звернулася 26 лютого 2022 р. із заявою про порушення справи проти Російської Федерації щодо спору про тлумачення, застосування та виконання Конвенції 1948 р. про попередження злочину геноциду та покарання за нього. 16 березня 2022 р. Суд видав постанову про невідкладні тимчасові заходи у справі²³¹, прийнявши аргументи України та відхиливши ті, які були подані Росією після її неявки в судове засідання, і наказав, що Російська Федерація повинна негайно призупинити воєнні операції, які вона розпочала 24 лютого 2022 р. на території України. Прикметно, що суд визнав правдоподібним (*plausible*) юридично креативний аргумент України про те, що згідно Конвенції вона мала право не піддаватися неправдивим обвинуваченням у геноциді, які потім використовувалися як підстава застосування сили проти неї.

503. Для індивідуальної кримінальної відповідальності осіб, винних у найтяжчих міжнародних злочинах, вкрай значущою є співпраця України з системою Римського статуту. Україна подала дві заяви про визнання юрисдикції МКС *ad hoc* відповідно до ст. 12(3) Римського статуту. Перша Заява, подана Верховною Радою України 17 квітня 2014 р., стосувалася імовірних злочинів, скоєних на території України в період з 21 листопада 2013 р. по 22 лютого 2014 р. Після її отримання Прокурор МКС Фату Бенсуда 24 квітня 2014 р. відкрила попереднє вивчення ситуації в Україні, зосередившись на так званих подіях «Майдану». Після другої Заяви Верховної Ради від 8 вересня 2015 р. щодо ймовірних злочинів, вчинених на території України з 20 лютого 2014 р., без кінцевої дати, враховуючи її

²³⁰ Resolution of the European Court of Human Rights. URL: https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_Russia_Convention_20220916_ENG.pdf

²³¹ Allegations of genocide under the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation) 16 March 2022. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ord-01-00-en.pdf>

юридичну силу, а також взаємопов'язаний характер подій в Україні, Прокурор вирішила розширити часові рамки існуючого попереднього вивчення ситуації, включивши всі ймовірні злочини, скоєні на території України з 20 лютого 2014 р. Отже, юрисдикція МКС, відповідно до заяв України та Римського статуту, поширюється:

- 1) на усю територію України у міжнародно визнаних кордонах (включаючи окуповані території);
- 2) на будь-які воєнні злочини та злочини проти людяності, скоєні на території України;
- 3) у період з 21 листопада 2013 р. щодо злочинів Майдану і з 20 лютого 2014 без обмеження строків;
- 4) відносно усіх осіб, що скоїли воєнні злочини та злочини проти людяності на території України без розрізнення щодо належності їх до тієї чи іншої сторони конфлікту.

504. Наприкінці 2020 р. Офіс Прокурора МКС завершив попереднє вивчення ситуації в Україні, встановивши, що критерії для проведення розслідування відповідають предмету, прийнятності та інтересам правосуддя. Після цього виникла певна пауза через переобрання Прокурора МКС. Новий Прокурор Карім Хан ініціював попереднє розслідування щодо воєнних злочинів і злочинів проти людяності, скоєних на території України. Процес прискорився завдяки безпрецедентному зверненню 42 країн-учасниць МКС після подій 24 лютого 2022 р. Тепер справа може розслідуватися без розгляду Палатою попереднього провадження.

505. Окреме питання створення спеціального міжнародного суду (трибуналу) стосовно злочинів, учинених під час війни в Україні, стало предметом Резолюції Європарламенту щодо боротьби з безкарністю воєнних злочинів в Україні від 19 травня 2022 р.²³², Рекомендації КМ ПАРЄ 2228 (2022) від 27 квітня 2022 р.²³³, Резолюції ПАРЄ 2433 (2022) щодо наслідків продовжуваної агресії РФ проти України від 27 квітня 2022 р.²³⁴. Юрисдикційні обмеження роботи МКС, зокрема, щодо злочину агресії, щодо персональної юрисдикції відносно високопосадовців, скепсис щодо практичного потенціалу ст. 27 Римського статуту викликають у міжнародній юридичній спільноті дискусію щодо пошуку шляхів подолання таких обмежень.

²³² European Parliament resolution of 19 May 2022 on the fight against impunity for war crimes in Ukraine (2022/2655(RSP)). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0218_EN.html

²³³ Consequences of the Russian Federation's continued aggression against Ukraine: role and response of the Council of Europe. Rec 2228 (2022). URL: <https://pace.coe.int/en/files/30018>

²³⁴ Там само.

4.2. Позитивні зобов'язання постраждалих держав та їх межі

506. Зростання ролі позитивних зобов'язань держав в питанні захисту прав людини. Комплексний аналіз правових зобов'язань держав, що зазнають атаки на їхню територіальну незалежність та цілісність, затребує належного осмислення та імплементації доктрини позитивних зобов'язань держави. Адже їх потенціал якої суттєво проблематизований в умовах збройних конфліктів та постконфліктних ситуацій.

507. *Позитивні зобов'язання* (англ. *positive obligations*) передбачають активні дії держави, спрямовані на забезпечення, захист та сприяння реалізації прав людини, тоді як негативні зобов'язання держави – її утримання від порушень прав людини, будь-яких форм неправомірного втручання в їх реалізацію.

508. Основною характеристикою позитивних зобов'язань держави виступає те, що вони вимагають від національних органів влади запровадити та застосувати необхідні засоби для гарантування прав людини, а точніше – вжити *прийнятних (розумних) та належних заходів* (англ. *reasonable and appropriate measures*) для забезпечення та захисту основоположних прав у кожному конкретному випадку. Ступінь їх виконання прямо пов'язаний із дотриманням державою принципів добросовісності (англ. *good faith*) та сумлінного ставлення до своїх зобов'язань (англ. *due diligence*).

509. У справі *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*²³⁵ ЄСПЛ, на думку судді від України у 2010–2022 рр. Ганни Юдківської, «зробив суттєвий крок уперед у розробці деяких принципів щодо зобов'язань постраждалої держави»²³⁶.

Ознайомтеся з рішенням ЄСПЛ у справі *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*. App. no. 48787/99, GG, ECtHR, 8 July 2004.

Зверніть увагу, що чотири заявники у справі були заарештовані в так званій Придністровській Молдавській Республіці (ПМР) у 1992 році і звинувачені у різних злочинах, включаючи вбивство та «антирадянську діяльність». Їх судив і засудив Верховний суд ПМР, і вони утримувалися під вартою кілька років. Заявники стверджували, що в результаті судового розгляду та подальшого тримання під вартою виникли численні порушення ЄКПЛ, і прагнули притягнути до відповідальності Росію та Молдову. Вони наполягали на притягненні Молдови до відповідальності за те, що вона не заступилася за них перед ПМР, щоб покласти край порушенням Конвенції, які впливали з їхнього затримання. Вони також прагнули встановити, що Росія



²³⁵ *Ilaşcu and others v. Moldova and Russia*. App. no. 48787/99, GC, ECtHR, 8 July 2004. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-61886%22%5D%7D>

²³⁶ *Yudkivska G.* Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: Some Reflections on Envolving Issues Under Article 1 of the European Convention. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2825208

фактично контролює ПМР і здійснює юрисдикцію, а отже, може нести відповідальність за порушення ЄКПЛ.

Виокремте правову позицію ЄСПЛ щодо відповідальності Молдови та щодо відповідальності Росії за порушення прав людини на території Придністров'я.

Знайдіть та виділіть аргументи Суду щодо можливостей та меж відповідальності кожної з держав-відповідачів за порушення прав людини.

Проаналізуйте функціональний тест, запропонований у даному рішенні Судом, щодо змісту позитивних зобов'язань постраждалих держав.

У рішенні *Plascu* Суд постановив, що «коли державі перешкоджають здійснювати свої повноваження на всій її території, створюючи ситуацію де-факто встановлення сепаратистського режиму, незалежно від того, чи супроводжується це воєнною окупацією іншої держави, подібні дії *не скасовують юрисдикції держави відповідно до ст. 1 Конвенції* над тією частиною території, що тимчасово контролюється місцевими органами влади, які підтримуються повстанськими силами або іншою державою. Однак така фактична ситуація зменшує сферу юрисдикції, оскільки зобов'язання, узяті державою згідно зі ст. 1 Конвенції, повинне розглядатися Судом лише з позиції позитивних зобов'язань держави стосовно осіб, що перебувають на її території...» (п. 333).

510. Справа *Plascu* та обсяг позитивних зобов'язань постраждалих держав. Отже, Суд повинен вивчити, з одного боку, всі об'єктивні факти, що можуть обмежити можливість застосування державою влади на своїй території, а з другого – вивчити саму поведінку держави.

511. Відповідно до ст. 1 Конвенції, до зобов'язань, узятих державою, що ратифікувала Конвенцію, належать, крім обов'язку утримуватися від втручання в користування гарантованими правами та свободами, позитивні зобов'язання щодо кроків для забезпечення поваги до таких прав і свобод на її території (див., зокрема, *Z and Others v. the United Kingdom*, п. 73).

512. Ці зобов'язання залишаються, навіть якщо влада держави обмежена на частині своєї території, тобто держава зобов'язана вживати всіх належних заходів, які все ще доступні їй (*Plascu and others v. Moldova and Russia*, п. 313).

513. У цілій низці «придністровських» справ (*Plascu and Others v. Moldova and Russia*, *Catan and Others v. Moldova and Russia*, *Ivantoc and Others v. Moldova and Russia* та ін.) ЄСПЛ постановив, що навіть наявність ефективного контролю РФ над Придністровською Молдавською Республікою (ПМР), який був однозначно визнаний Судом через триваючу військову, економічну та політичну підтримку Росією ПМР, не звільняє Молдову від виконання своїх позитивних зобов'язань за Конвенцією та Протоколами до неї.

514. При цьому ЄСПЛ не применшує відповідальності держави, яка здійснює ефективний контроль над частиною території іншої держави, за порушення (неналежний захист) прав людини осіб, що проживають на цій території.

515. Підсумовуючи принципи стосовно позитивних зобов'язань держави (Ilaşcu and others v. Moldova and Russia, пп. 332–340), Суд пояснює таке: визначаючи обсяг позитивних зобов'язань держави, потрібно враховувати справедливе співвідношення, якого потрібно досягти між загальними інтересами й інтересами окремої особи, різноманітність ситуацій, наявних у державах, а також вибір, який потрібно зробити з точки зору пріоритетів і ресурсів. Ці зобов'язання також не повинні тлумачитися таким чином, щоб накладати непосильний або надмірний тягар (див. також Özgür Gündem v. Turkey, п. 43)

516. У рішенні Ilaşcu міститься теза, що, незважаючи на те, що Суд не повинен вказувати, які конкретно заходи мають вжити органи влади, щоб найбільш ефективно виконувати свої зобов'язання, він повинен перевірити, чи фактично вжиті заходи були *«належними та достатніми»* в конкретній справі. Зіткнувшись з частковою або повною бездіяльністю, завдання Суду полягає у тому, щоб визначити, наскільки *мінімальні зусилля були можливими і чи можливо було їх докласти* (п. 334).

517. Держава, яка не здійснює «ефективний контроль» над частиною своєї території, повинна намагатись:

- а) *відновити контроль* над спірною частиною території, що вимагає, з одного боку, утримання від підтримки сепаратистського режиму, з другого – вжиття всіх можливих засобів політичного, судового та іншого характеру для відновлення контролю над своєю територією (при цьому головним для Суду є не досягнутий результат, а прагнення держави його досягти, що в цілому властиве для позитивних зобов'язань);
- б) *забезпечити повагу до прав людини*, зокрема, здійснювати спроби звільнити осіб, які утримуються де-факто владою.

518. Такі зусилля можуть включати в себе «звернення до різних міжурядових організацій та іноземних держав... з проханням надати допомогу в забезпеченні прав заявника» (Mozer v. the Republic of Moldova and Russia²³⁷, п. 153) або «здійснення яких-небудь альтернативних заходів для відновлення майнових прав [заявників] або виплати [ім] компенсації за втрату можливості користуватися майном» (Sargsyan v. Azerbaijan²³⁸, п. 241).

519. **Еволюція очікувань, що пред'являються до постраждалої держави щодо захисту прав людини.**

520. Дане питання представляє інтерес з точки зору розвитку міжнародного права. Міжнародне право окупації, оскільки воно розвивалося

²³⁷ Mozer v. the Republic of Moldova and Russia. App no 11138/10, GC, ECtHR, 23 February 2016. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-10885%22>

²³⁸ Sargsyan v. Azerbaijan. App no. 40167/06, GC, ECtHR, 16 June 2015. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-10620%22>

з XIX ст. як частина права війни, регулювало поведінку окупаційних військ. Відповідно до міжнародного права окупації, окупаційна влада відповідає за добробут населення на окупованих територіях. Зокрема, ст. 43 Додатку до IV Гаазької конвенції визначає суть відповідальності окупанта: «З фактичним переходом до рук окупанта повноважень легітимної влади він вживає всіх залежних від нього заходів для того, щоб, по можливості, відновити і забезпечити громадський порядок і безпеку, дотримуючись існуючих у країні законів, за виключенням, коли це абсолютно неможливо». Дуже мало сказано про зобов'язання держави, яка втратила частину своєї території внаслідок військової окупації. Міжнародне право визначає таку державу як постраждалу (або потерпілу) державу.

521. ЄСПЛ визнає, що в «буквальній редакції ст. 41 [Додатку до IV Гаазької конвенції], яка передбачає справедливу сатисфакцію постраждалій стороні, «сторона» повинна розумітися як одна з реальних сторін у справі, що постала перед Судом, тобто держава в міждержавній справі може бути «постраждалою стороною».

522. Відсутність чітко визначеного *обсягу зобов'язань постраждалої держави* на перший погляд, як зазначає Ганна Юдківська, видається природним – адже чого можна очікувати від жертви, яка вже страждає? Чи морально, чи справедливо покладати зобов'язання на того, хто вже щось втратив, наприклад, якщо це держава, частину своєї території?

523. Але у справі *Ilascu and others v. Moldova and Russia* (Ілашку) ЄСПЛ зробив значний крок вперед у розробці деяких принципів щодо зобов'язань постраждалої держави. Суд вперше визнав, що держава, яка не має ефективного контролю над частиною своєї території внаслідок окупації протиправним сепаратистським режимом, і не в змозі здійснювати там свою юрисдикцію, *все ще має деякі позитивні зобов'язання*, що впливають з її де-юре юрисдикції.

524. Даний підхід Суду представив новий розвиток міжнародного права в частині відповідальності постраждалих держав, зазнавши певної еволюції.

525. Вже неодноразово підкреслювалося, що зобов'язання щодо прав людини в першу чергу спрацьовують шляхом ефективного територіального контролю. У рішенні Комісії 1978 р. у справі «Cyprus v. Turkey»²³⁹ зазначалося, що «необхідно зауважити (...), що одна Висока Договірна сторона, а саме Кіпр, з 1974 р. перешкоджає виконувати свою юрисдикцію у північній частині своєї території через наявність там збройних сил іншої Високої Договірної Сторони, а саме Туреччини (...)». Виходячи з цього факту, Комісія дійшла висновку, що присутність збройних сил Туреччини на цій частині території заважали Кіпру здійснювати там свою юрисдикцію.

²³⁹ Cyprus v. Turkey, App no. 8007/77 (Commission Decision, 10 July 1978).

526. Пізніше, у 1991 р., у справі «An and Others v. Cyprus»²⁴⁰ заявник подав скарги проти Кіпру, і Комісія встановила, посилаючись на вищенаведений висновок у справі «Кіпр проти Туреччини», що «повноваження уряду-відповідача фактично все ще обмежені південною частиною Кіпру. Звідси випливає, що Республіка Кіпр не може нести відповідальність згідно зі ст. 1 Конвенції за дії влади кіпрських турецьких органів на півночі Кіпру». До того часу жодного питання позитивних зобов'язань не виникло, і заява таким чином була визнана неприйнятною.

527. Дотримуючись цієї лінії, у 1996 р. у справі «Loizidou v. Turkey»²⁴¹ Суд прийняв аргумент заявниці, що «оскільки Республіка Кіпр не може нести відповідальність за частину острова, окупованого Туреччиною, відповідальною має бути Туреччина. Інакше в північній частині Кіпру утвориться вакуум щодо відповідальності за порушення прав людини» (п. 49).

528. Наступним кроком у цьому прогресі став розгляд Комісією справи «Vearncombe v. the United Kingdom and the Federal Republic of Germany»²⁴², де мешканці Берліна скаржилися на шум від військового стрільбища, побудованого та використовуваного британською армією в Берліні. Комісія встановила, що передбачуване порушення може бути віднесене лише до Сполученого Королівства, а не до Федеративної Республіки Німеччини: «Стрільбище, про яке йде мова, не тільки використовується британською армією, але й повністю побудоване під контролем військового уряду Великобританії. Незважаючи на те, що німецькі органи влади в Берліні були поінформовані про плани будівництва полігону та відбувалися певні консультації між британською та німецькою владою, відповідальність за будівництво та/або використання цього ареалу покладається виключно на британський військовий уряд».

529. Зрештою, в справі *Ілашку* суд відступив від попередньої судової практики і *вдався до інноваційного підходу*, встановивши, що відповідно до Конвенції відсутність ефективного контролю над Придністров'ям, де діяли сепаратистські сили, сама по собі не виключає відповідальності Молдови за Конвенцією.

530. Суд постановив, що «коли Договірній Державі забороняється здійснювати свої повноваження на всій її території шляхом обмежувальної фактичної ситуації, наприклад, коли встановлюється сепаратистський режим, незалежно від того, чи супроводжується це військовою окупацією іншої

²⁴⁰ An and Others v. Cyprus, App no. 18270/91 (Commission Decision, 8 October 1991).

²⁴¹ Loizidou v. Turkey, App no. 15318/89, GC, ECtHR, 18 December 1996. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58007&filename=001-58007.pdf>

²⁴² Vearncombe v. the United Kingdom and the Federal Republic of Germany (1987) 59 DR 199.

держави, вона не перестає мати юрисдикцію у значенні ст. 1 Конвенції щодо тієї частини своєї території, яка тимчасово підпорядковується місцевій владі, підтримуваній повстанськими силами або іншою державою ... Зобов'язання держави згідно зі ст. 1 повинні розглядатися Судом лише з огляду на позитивні зобов'язання Договірної Держави перед особами на її території» (п. 333).

531. Критикуючи даний підхід, екс-суддя ЄСПЛ Христос Розакіс зазначив, що «Суд у справі Ілашку ... включив питання позитивних зобов'язань в рамки самого поняття юрисдикції та ... проігнорував тест ефективного контролю як передумову встановлення юрисдикції З рішення Ілашку чітко випливає, що Суд ... поставив під сумнів політичну тактику [Молдови] щодо ефективного захисту прав людини окремих заявників»²⁴³. Іншими словами, Суд замінив тест ефективного контролю поняттям «позитивних зобов'язань», що вимагало дуже делікатної оцінки різних політичних, дипломатичних, судових та інших заходів.

532. **Дискусійні аспекти змісту «належних та достатніх заходів», що становлять суть позитивних зобов'язань постраждалих держав.** Щодо змісту цих заходів, у судовій практиці різних судових установ немає однозначного бачення. Так, на думку судді ЄСПЛ Г. Юдківської, паралель можна провести з підходом, застосований Міжнародним Судом ООН щодо зобов'язання запобігати геноциду. У рішенні *Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*²⁴⁴ Міжнародний Суд ООН підкреслив зобов'язання держав-учасниць «використовувати всі доступні їм засоби, щоб максимально запобігти геноциду. ... безвідповідальність виникає, якщо держава явно не вжила всіх заходів, який знаходилися в її владі і які могли би сприяти запобіганню геноциду». Сказавши це, Суд спирався на ключову концепцію *due diligence* (сумлінного ставлення), яка «вимагає конкретної оцінки», а саме необхідності оцінити спроможність держави «ефективно впливати на дії тих, хто може скоїти ... геноцид». Ця спроможність залежить від багатьох елементів. У розглянутій справі Суд наголосив на впливі Сербії на боснійських сербів через сильні політичні, військові та фінансові зв'язки між ними.

533. Як бачимо, судова мова щодо «використання всіх доступних засобів» залишає лакуни для тлумачення. В принципі, договори, які встановлюють обов'язки щодо захисту, часто вимагають від держав вжити відповідних заходів, не визначаючи, які заходи є доцільними. Ймовірно, суди

²⁴³ Цит. по: Yudkivska G. Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: Some Reflections on Envolving Issues Under Article 1 of the European Convention https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2825208

²⁴⁴ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, I.C.J. Reports 2007, 43

покладаються на стандарт розумності, а щодо нього не існує однозначно чітких вказівок.

534. Європейський Суд з прав людини в Паску застосував термін «*належні та достатні*» заходи, а також ввів поняття «*мінімальних зусиль*»: «зіткнувшись з частковою або повною бездіяльністю, завдання Суду – визначити, в якій мірі мінімальні зусилля все-таки були можливі і чи варто було докласти їх».

535. Окрім того, важливим принципом, згаданим ЄСПЛ, є те, що держава «зобов'язана вжити всіх належних заходів, які вона все ще може вжити». Це означає, що територіальна держава позбавлена своїх позитивних зобов'язань, коли практично нічого не можна зробити для дотримання стандартів прав людини на відповідній території.

536. ЄСПЛ констатував, що Молдова зобов'язана «відновити контроль над Придністров'ям». На думку Г. Юдківської, це скоріше політична риторика, яка мало стосується юридичних зобов'язань, а також навряд чи підлягає оцінці юридичними засобами. Також Суд зобов'язав Молдову «утримуватися від підтримки сепаратистського режиму». Суддя зауважила, що «важко узгодити позитивні зобов'язання перед людьми, які залишаються на окупованих територіях, із зобов'язанням утримуватися від підтримки сепаратистського режиму». Ці зобов'язання здаються взаємовиключними – якщо держава бере участь у переговорах з сепаратистами, вимагаючи, щоб вони забезпечили права людини на окупованих територіях (саме це очікував Суд для пана Ілашку), – з цього випливає, що вона запропонує щось в обмін, наприклад, надання економічної підтримки, яка може знадобитися сепаратистам. Якщо Молдова зобов'язана домовлятися про звільнення пана Ілашку та інших, вона повинна дати щось сепаратистам на додаток до вже відступленої території. Але Суд визнав, що економічне співробітництво з сепаратистським режимом, з огляду на прагнення поліпшення щоденного життя населення Придністров'я, не має розглядатися як підтримка фактичної влади, а навпаки, являє собою підтвердження Молдовою свого бажання відновити контроль над Придністров'ям. Цей суперечливий висновок Г. Юдківська оцінює як заплутаний та непереконливий.

537. Парадокс полягає у тому, що молдовська влада, дещо поблажливо ставлячись до співпраці з сепаратистським режимом, спричинила свої позитивні зобов'язання за Конвенцією. У рішенні, зокрема, згадується, що особи, які обіймали посади вищих посадових осіб ПМР, змогли повернутися в Молдову і згодом обійняти високу посаду; згадується підписання угод про взаємне визнання документів, виданих молдавською та придністровською владою, та заходи щодо залучення та захисту іноземних інвестицій (що само по собі може бути фактичним визнанням сепаратистського режиму); аналізуються неофіційні відносини між молдавською та придні-

стровською владою з судових питань та питань безпеки; і навіть береться до уваги включення придністровських команд до національного чемпіонату з футболу.

538. Наслідки такої співпраці пояснив суддя Ресс у своїй окремій думці: «На відміну від ситуації на Кіпрі, відносини між конституційними органами Молдови та владою незаконного Придністровського режиму ніколи не були повністю перервані ... Оскільки питання полягає в тому, чи Молдова продовжує здійснювати юрисдикцію над частиною території, усі ці елементи економічних відносин, політичної безпеки та іншого співробітництва між молдавською та придністровською владою ускладнюють спростування відповідальності Молдови у даному випадку». Таким чином, він зробив висновок, що «Молдова мала і досі має важливі засоби впливу для виконання своїх позитивних зобов'язань».

539. Отже, вивчення рішення Ілашку оголює його певний *парадокс*: позитивні зобов'язання постраждалої держави щодо забезпечення прав людини на окупованій території виникають тоді, коли існує зв'язок між цією державою та окупаційним режимом, оскільки лише в цій ситуації держава «все ще знаходиться в межах своєї влади вжити» деяких заходів.

540. Як загальновизнано Судом, будь-які позитивні зобов'язання держав відповідно до Конвенції мають бути обмежені «сферою розумності» у тому сенсі, що вони повинні бути прямо пропорційними впливу держави на відповідних суб'єктів. Здійснення державою як юридичного, так і фактичного контролю над територією є необхідною умовою будь-яких позитивних зобов'язань, оскільки лише такий контроль зробить вжиття заходів, очікуваних Судом, розумним.

541. Парадокси та виклики пост-Ілашку юриспруденції. Втім, у своїй подальшій практиці Суд дещо нехтує специфічною особливістю співпраці окупаційної влади та постраждалої держави, яка була присутня в рішенні Ілашку. У червні 2015 р. Велика палата одночасно розглядала дві справи, пов'язані з конфліктом у Нагірному Карабасі – «Chiragov and others v. Armenia»²⁴⁵ (Чирагов та інші проти Вірменії) та «Sargsyan v. Azerbaijan»²⁴⁶ (Саргсян проти Азербайджану). Рішення Суду у цих справах викликали серйозну дискусію серед науковців та практиків, а також серед суддів ЄСПЛ, як це видно із кількості окремих думок, що супроводжують рішення.

542. У справі «Саргсян проти Азербайджану» Суд постановив, що Азербайджан, який не може повернути контроль над двадцятьма відсотками

²⁴⁵ Chiragov and others v. Armenia. App no. 13216/05, GC, ECtHR, 16 June 2015. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-155353&filename=001-155353.pdf>

²⁴⁶ Sargsyan v. Azerbaijan. App no. 40167/06, GC, ECtHR, 16 June 2015. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22002-10620%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22002-10620%22])

території своїх визнаних кордонів протягом більше двадцяти років, несе повну відповідальність за нездатність заявника (який втік із страху за своє життя у 1992 р. – задовго до того, як Азербайджан ратифікував Конвенцію) повернутися до села Гулістан – ненаселеної землі, розташованої на лінії фронту, яка знаходиться під обстрілом з боку сил «НКР» (Нагорно-Карабахської республіки), підпорядкованих Вірменії.

543. Справа Саргсяна від самого початку суттєво відрізнялася від справи Ілашку, оскільки відповідачем було названо лише одну державу – ту, яка мала де-юре юрисдикцію над Гулістаном, в той час як у рішенні «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» Російська Федерація була визнана відповідальною за істотні порушення Конвенції як її агентами (членами збройних сил), так і представниками придністровської влади. Також у рішенні було встановлено, що концепт юрисдикції з урахуванням ст. 1 мав низьке значення для Молдови; остання несе відповідальність лише за невиконання своїх позитивних зобов'язань щодо вжиття законних та дипломатичних заходів стосовно своїх громадян на території, що ефективно не контролюється нею, поряд з іншими державами та міжнародними організаціями з метою захисту основних прав і свобод, гарантованих Конвенцією».

544. У судовому рішенні *Chiragov and others v. Armenia* Суд визнав, що Вірменія здійснює ефективний контроль над спірною територією в Нагірному Карабасі. Справа стосувалася скарг шести азербайджанських біженців на те, що вони не змогли повернутися до своїх домівок і майна в районі Лачин в Азербайджані, звідки вони були змушені втекти в 1992 р. під час вірмено-азербайджанського конфлікту через Нагірний Карабах. У справі Чирагова Суд підтвердив, що Вірменія здійснювала ефективний контроль над Нагірним Карабахом та прилеглими територіями і, таким чином, мала юрисдикцію над Лачинським районом. Суд вважав, що не було жодних підстав для відмови заявникам у доступі до їхнього майна без надання їм компенсації. Той факт, що мирні переговори тривали, не звільняє уряд від зобов'язань вживати інших заходів. Потрібен був механізм позовів щодо майна, який був би легко доступним, щоб дозволити заявникам та іншим особам, які перебувають у їхньому становищі, відновити своє право власності та отримати компенсацію.

545. Проте у справі Саргсяна, яка теж стосувалася зони конфлікту між Вірменією та Азербайджаном у Нагірному Карабасі, Вірменія не була названа заявником державою-відповідачем. Таким чином, в той час, як у справі Ілашку Суд розглядав розділену відповідальність двох держав – Молдови та Росії – та «розподіляв» відповідальність між ними, то у випадку Саргсяна скарга була подана виключно проти Азербайджану.

546. У своїй окремій думці у даній справі Г. Юдківська зазначила, що «лише той факт, що заявник, з очевидних причин, вирішив подати скаргу лише на одну Високу Договірну Сторону, яка бере участь у конфлікті, а не

обидві (...), не повинен автоматично тягти повну відповідальність Азербайджану, який є постраждалою державою, що зазнала окупації значної частини своєї території (як видно з рішення Чирагова).

547. Отже, критичний погляд на два згадані рішення, очевидно, викликає думку, що, хоча Суд не в змозі розглянути питання про відповідальність держави, яка не була учасником даної справи, саме існування давнього міждержавного конфлікту повинно принаймні ставити питання про *розділену відповідальність*. Ясно, що в Конвенції не існує механізму, за допомогою якого можна визначити Вищу Договірну Сторону, яка відповідала б за порушення прав людини (повністю чи частково), щодо яких подано скаргу, якщо заявник подає скаргу проти іншої сторони, яка не несе відповідальності (чи несе частково). Тим не менш, було б оманливим ігнорувати фактично обмежену відповідальність держави-відповідача, і, як зазначають критики, з огляду на висновки Ілашку щодо часткової відповідальності Молдови за порушення прав людини в Придністров'ї, непросто прийняти, що в рішенні Саргсяна вся відповідальність покладалася на Азербайджан.

548. Не дивлячись на даний спірний момент, Суд відхилив посилення уряду Азербайджану на рішення Ілашку, сказавши, що обмеження відповідальності територіальної держави стосовно частин її міжнародно визнаної території, які окуповані або під ефективним контролем іншого суб'єкта, не може поширюватися на Гулістан. Інакше, зазначив Суд, за відсутності можливості перевірити питання відповідальності Вірменії, це означатиме «вакуум у захисті Конвенції». В окремій думці суддя ЄСПЛ Г. Юдківська висловила думку, що в обставинах справи Саргсяна ця юридична формула була штучною і призводила до помилкових та несправедливих висновків.

549. Цікаво, що у справі «Azemi v. Serbia»²⁴⁷, де заявник намагався притягти до відповідальності Сербію за невиконання рішення, винесеного судом Косово, ЄСПЛ вказав: оскільки Косово розміщується під міжнародною цивільною і військовою присутністю, і Сербія не здійснювала ніякого контролю над місією ООН в Косові, судові органи Косово були створені в силу регламентів цієї місії, тому вони повністю перебували поза контролем Сербії. Суд окремо підкреслив відсутність доказів «про те, що сербська влада військово, економічно, фінансово чи політично підтримувала косовські інститути». Проголошення незалежності Косово «об'єктивно завадило Сербії забезпечити права та свободи в Косово, над якими вона не мала ефективного контролю». Заява була визнана неприйнятною. В цій справі Суд зовсім не був занепокоєний існуванням «вакууму в захисті Конвенції», як влучно підкреслила Г. Юдківська.

²⁴⁷ Azemi v. Serbia (dec.), App no. 11209/09, ECtHR, 5 November 2013. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-9116%22%7D>

550. У рішенні Саргсяна Суд розглядав, чи вживали органи влади Азербайджану достатні заходи для захисту майна заявника в Гулістані. Органи влади повідомили про свою участь у мирних переговорах в якості «мінімальних зусиль», яких ними було вжито. Суд не знайшов належним «виконання їх обов'язку щодо досягнення справедливого балансу між конкуруючими публічними та індивідуальними інтересами» і підкреслив, що це не звільняло уряд від вжиття інших заходів. Суд спирався на відповідні міжнародні стандарти та Резолюцію Парламентської асамблеї Ради Європи 2010 р. «Про вирішення майнових питань біженців та переміщених осіб»²⁴⁸, яка закликає держав-учасниць «гарантувати своєчасне та ефективне відшкодування за втрату доступу та права на житло, землю та майно, залишені біженцями та ВПО [внутрішньо переміщеними особами], без огляду на очікувані переговори щодо врегулювання збройних конфліктів щодо статусу певної території». Уточнювалося, що «до досягнення всеосяжного миру особливо важливим буде створення оскаржувального механізму щодо власності, який повинен бути легко доступним та забезпечувати процедури, які працюють з гнучкими очевидними стандартами, що дозволяють заявнику та іншим особам, які перебувають у подібній ситуації, відновити їх право власності та отримати компенсацію за втрату можливості користатися нею». Враховуючи відсутність навіть мінімальних зусиль, щоб розглянути можливість призначення та виплати компенсацій заявнику та іншим переселеним особам через відсутність у них доступу до їхньої власності, Суд дійшов висновку, що Азербайджан порушив як ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції, так і ст. 8 Конвенції.

551. Цей тип позитивних зобов'язань постраждалої держави дещо відрізняється від того, що запропонував ЄСПЛ в справі Ілашку – щоб виконати свої зобов'язання, Молдова була зобов'язана утримуватися від підтримки сепаратистського режиму та діяти, вживаючи всіх політичних, судових та інших заходів для відновлення контролю над окупованою територією.

552. Критичні візії та можливі майбутні рішення щодо позитивних зобов'язань постраждалих держав. Отже, брак ясності та послідовності підходів Суду до позитивних зобов'язань постраждалих держав, вочевидь, вимагатиме від суду конкретизації змісту даних зобов'язань. За відсутності вказівок на конкретний тип дій, які держава має вжити, підхід стає вкрай казуїстичним і надто ускладнює для держав висновки щодо того, який курс їм слід прийняти, щоб виконати позитивне зобов'язання. Встановивши в Ілашку функціональний тест, що держава зобов'язана спробувати відновити контроль над своєю територією та вжити заходів для відновлення прав заявників, у цьому ж рішенні Суд далі вимагає значно нижчого рівня діяльності, вимагаючи від держав нижчих стандартів – до-

²⁴⁸ Parliamentary Assembly (PA) Resolution 1708 on solving property issues of refugees and displaced persons [2010].

кладання «мінімальних зусиль» (чи не підштовхуючи таким чином їх до винагороди за бездіяльність?). Крім того, Європейський Суд з прав людини таким чином небезпечно входить в сферу політики та міжнародної дипломатії, вимагаючи від держав ймовірних змін у зовнішній політиці та намагаючись вдатися до аналізу ефективності політичних варіантів, що зазвичай не є його роллю. А накладення надмірного та нереального навантаження на постраждалу державу може розглядатися як контрпродуктивне та порушує крихку структуру відповідальності держави за міжнародним правом²⁴⁹.

553. Також ймовірно в подальшій практиці Суду підлягатимуть уточненню процесуальні правила, які розподілятимуть відповідальність між первинною відповідальною державою та постраждалою державою, і будуть більш чітко окреслені ситуації, в яких судова конструкція – «недопущення вакууму в захисті Конвенції» – діятиме як запобіжник порушенню конвенційних гарантій.

554. Позитивні зобов'язання України щодо прав людини на непідконтрольних територіях. Що стосується позитивних зобов'язань України щодо прав людини на непідконтрольних територіях, то вельми цікавою є справа *Khlebiuk v. Ukraine*²⁵⁰.

555. Обставини справи полягали у наступному. У квітні 2013 р. Алчевський суд Луганської області виніс вирок заявнику Олександру Хлебіку по факту озброєного розбою, скоєного організованою групою, бандитизму та незаконного заволодіння вогнепальною зброєю у зв'язку з низкою збройних нападів, засудивши його до восьми років і дев'яти місяців позбавлення волі. Його апеляція на цей вирок ще не розглядалася, коли в квітні 2014 р. розпочалися бойові дії на Сході України. Він залишався під вартою в Старобільському слідчому ізоляторі, розташованому на підконтрольній уряду України частині Луганської області, очікуючи розгляду апеляції. Проте матеріали його справи залишилися в апеляційному суді в Луганську, який на той час вже був не підконтрольний уряду.

556. Коли апеляційний суд був переведений до Сєвєродонецька, на підконтрольну Уряду територію, пан Хлебік поскаржився на затримку розгляду його апеляції. Йому повідомили, що апеляційний суд не може розглянути його справу, оскільки її матеріали заблокували в Луганську. Заявник звернувся за допомогою до Уповноваженого Верховної Ради з прав людини, але йому відповіли, що немає можливості отримати матеріали справи

²⁴⁹ *Yudkivska G. Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: Some Reflections on Envolving Issues Under Article 1 of the European Convention.* Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2825208

²⁵⁰ *Khlebiuk v. Ukraine*, App no. 2945/16, ECtHR, 25 July 2017. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-175656%22%5D%7D>

з невідконтрольної Уряду території. Його заява про відновлення матеріалів справи, подана до місцевого суду, була так само безуспішною, оскільки суд дійшов висновку, що на підконтрольній Уряду території не було достатньо матеріалів щодо його справи. Він також кілька разів подавав заяву на звільнення з травня 2015 р. по лютий 2016 р., але безрезультатно. Тим не менш, у березні 2016 р. він був звільнений, оскільки скористався законодавчою реформою «закону Савченко», яка тим часом була прийнята і дозволила звільняти осіб, які відбули принаймні половину свого покарання під час тримання під вартою.

557. У своєму рішенні у цій справі ЄСПЛ одностайно вирішив, що *Україною не порушено її зобов'язання за ст. 6 ЄКПЛ («Право на справедливий суд»)* та ст. 2 Протоколу 7 («Право на апеляцію у кримінальних справах»), а скарга заявника відповідно до п. 1 ст. 5 Конвенції є очевидно необґрунтованою і повинна бути відхилена. Юристи Української Гельсінської спілки з прав людини та European Human Rights Advocacy Centre подали клопотання про передачу справи до Великої палати ЄСПЛ, але це клопотання було відхилено.

558. Справа Олександра Хлебика специфічна тим, що стосується втраченого судового провадження у вигляді паперової кримінальної справи з оригіналами документів, які збирались слідчими, адвокатами у справі, яка фізично втрачена тому, що вона зберігалась на території, яка стала невідконтрольною Уряду України. Питання для ЄСПЛ у цій справі полягало в тому, чи Україна вжила всіх необхідних заходів для організації своєї системи правосуддя таким чином, щоб забезпечити права, гарантовані ст. 6 Конвенції, на практиці, в цій конкретній ситуації, з урахуванням принципу, що Конвенція має на меті гарантувати практичні і ефективні права, а не теоретичні та ілюзорні права. Розглядаючи дане питання, Суд усвідомлював контекст, в якому виникла справа, і зазначав, що було б неприродно вивчити факти справи, не враховуючи цей загальний контекст. Суд дійшов висновку, що органи влади зробили все можливе за цих обставин для вирішення ситуації заявника. Заявник не міг вказати на будь-яку іншу конкретну дію, яку він може запропонувати як таку, яка би була в повноваженнях Уряду України в даний час для розв'язання його справи.

559. В цій ситуації важливо відзначити, що заявник сам запропонував три можливі шляхи дій для Уряду при вирішенні його справи:

- 1) вимагати допомоги Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини при отриманні матеріалів справи з території, яка не знаходиться під контролем Уряду. Суд зазначив, що ефективність цього механізму залежатиме від доброї волі та співпраці сил, що контролюють територію, яка не контролюється Урядом України, а не виключно від зусиль Уряду України, тому він не розглядає це як прийнятний варіант.

- 2) провести нове розслідування та судове провадження. Суд вважає, що оскільки за обидва злочини заявник був засуджений у першій інстанції, а його судовий розгляд відбувся в районах Луганської області, які в даний час не перебувають під контролем Уряду, то цей шлях теж не є прийнятним.
- 3) переглянути рішення, виходячи з наявних матеріалів. Суд не вважає це також прийнятним варіантом з огляду на специфіку справи.

560. Також Суд схвалив ініціативи, з якими влада робить спроби зібрати докази на територіях, що знаходяться під її контролем: звернення по допомогу до Міжнародного комітету Червоного Хреста для сприяння відновленню справ, які знаходяться на непідконтрольній території, а також законодавчі ініціативи, спрямовані на полегшення розгляду звернень у ситуаціях, коли частина матеріалів справи залишається недоступною.

561. Суд до того ж окремо зауважив, що обсяг його розгляду справи обмежений тим фактом, що скарга направлена лише проти України, та що заявник не стверджував, що його права були порушені через нестачу в механізмах міжнародного співробітництва між Україною та будь-якою іншою Високою Договірною Стороною» (п. 66). Очевидно, що Суд гранично ясно подав сигнал, що ці питання можна і варто порушувати у наступних справах.

562. Не дивлячись на аргументацію Суду, Українська Гельсінська Спілка з прав людини (УГСПЛ) доволі критично поставилася до даного рішення. Юристка УГСПЛ Олена Проценко у своєму коментарі²⁵¹ підкреслила, що *збройний конфлікт, що триває, не повинен звільняти владу від її зобов'язання діяти* в ситуації, коли на карту поставлені право на особисту свободу і справедливий суд і право на апеляцію. На її думку, усвідомлюючи, що заявник 4 роки відбував покарання, яке фактично не набуло законної сили, адже відповідно до Кримінального процесуального кодексу України, якщо вирок оскаржений, він не є остаточним до рішення апеляції, українська влада не зробила жодних кроків для створення ефективних засобів правового захисту для своєчасного вирішення питання, наприклад: відповідно до презумпції невинуватості скасувати вирок, який не набув чинності і ніколи не набуде чинності, та звільнити заявника з-під варти; провести нове розслідування; переглянути справу, виходячи з наявних матеріалів справи тощо. УГСПЛ вважає, що в даному випадку українська влада надала дуже обмежену інформацію про зусилля для повторного отримання матеріалів справи заявника. Органи влади не зазначили, які зусилля були фактично застосовані і чому вони виявилися безуспішними (враховуючи те, що прокуратура змогла відновити – частково – інші загублені файли справи).

²⁵¹ Protsenko Olena (UHHRU): “No control should not amount to no responsibility: Khlebig v. Ukraine”. Available at: <https://helsinki.org.ua/en/articles/olena-protsenko-uhhru-no-control-should-not-amount-to-no-responsibility-khlebig-v-ukraine/>

563. Окремим тривожним питанням рішення стало те, що палата Суду фактично поклала тягар доведення в основному на заявника. Суд проаналізував лише три можливі шляхи вирішення справи, запропоновані заявником, а Уряд, який має доступ до інформації, здатної підтвердити або спростувати твердження заявника, був поставлений у положення «мовчазного спостерігача».

564. Юристи УГСПЛ підкреслили, що якби Велика палата прийняла заяву про перегляд справи, це могло б стати додатковою можливістю вирішити проблему нестачі прецедентного права щодо справ про відновлення матеріалів судових проваджень, і це могло би мати значний вплив на окупованих територіях Сходу України, спонукаючи українську владу оперативніше та ефективніше реагувати на певні ситуації, пов'язані з захистом прав людини.

4.3. Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом: виклики і протидія

565. Одним з найгостріших наслідків збройного конфлікту є вчинення тяжких порушень прав людини, серед яких виділяється *сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом (СНПК)*.

566. СНПК: походження зла. Значна поширеність сексуального насильства під час збройних конфліктів має давню історію. Цей факт пов'язаний з традицією уявлень про жіночі тіла як арени великих битв і глорифікацією військових перемог як актів стратегічного насильства над жінками. Широковідомими є слова Чингісхана, що створив впливову імперію в Азії та Центральній Європі у XIII ст. не лише завдяки військовій майстерності, а і за допомогою масових згвалтувань: «Найбільше задоволення у житті – перемогти своїх ворогів, гнати їх перед собою, позбавляти їх багатства, бачити, як ті, хто їм дорогі, купаються у сльозах, їздити на їхніх конях, спустошувати їх дружин та доньок».

567. Сексуальне насильство під час війни довгі тисячоліття представлялося як неминучий побічний ефект завоювань, як спосіб спілкування між завойовниками та переможеними за допомогою жіночих тіл. Оскільки патріархальні зразки маскулінності побудовані на тому, що захист жінок є ознакою чоловічої гордості (адже володіння жінкою вважається ознакою чоловічого успіху) – згвалтування воїном-завойовником руйнує для переможеної сторони ілюзію влади та власності. Згвалтування та інші форми сексуального насильства, які використовуються як знаряддя війни, покликані дегуманізувати жертв, а також їхні сім'ї та громади, в яких вони живуть. Залишаючи цілі спільноти, а з ними і все суспільство, в довготривалих стражданнях, гвалтівники спричиняють «каскадний ефект» насильства. Таке бачення укорінене і в багатьох сучасних контекстах. Згвалтування як знаряддя війни є дешевою та ефективною стратегією; використовуючи

сексуальне насильство, озброєним формуванням вдається як заподіяти неімовірних індивідуальних страждань, так і зруйнувати місцеві спільноти, ослабити їх та встановити над ними контроль. Прагнення до панування – можливо навіть підсвідоме – пояснює систематичне застосування сексуального насильства як стратегії війни.

568. З розвитком концепту прав людини, з розвитком феміністичного руху прийшло усвідомлення, що сексуальне насильство під час війни – це результат радикалізації повсякденної сексистської поведінки в суспільстві, що під час війни лише загострюються приховані сексистські ідеї, розповсюджені у мирний час²⁵². Жінки та дівчата виступають першочерговою мішенню, оскільки гендерне насильство в повсякденному житті глибоко вкорінене, і тому в ситуації конфлікту подібне насильство швидше «нормалізується». Починаючи з 1970-х рр. ХХ ст. серйозна увага почала приділятися дослідженням зв'язків сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, з ширшою моделлю сексизму в суспільстві. Так, Сьюзен Браунміллер писала, що війна дає чоловікам ідеальний психологічний фон, щоб дати волю їх презирству до жінок²⁵³. Що сама маскуліність військових, – з грубою силою зброї, яка їм належить, з чоловічою дисципліною віддання і виконання наказів, з простою логікою ієрархічного командування – підтверджує чоловіче уявлення про те, що жінки периферійні, що вони пасивні спостерігачі дій, які розгортаються у центрі подій. Ці глибоко мізогінні підтексти війни підкреслюють не тільки болючість сексуального насильства для індивідуального життя жертв, а і побудову і увічнення гендерної нерівності, яка, як прихована пружина, міститься в суспільстві тих, хто вижив, і у післявоєнному відновленні, отруюючи його потенціал.

569. Оскільки сексуальне насильство – це сексуальний вираз агресії, бажання продемонструвати владу і панування, важливо пам'ятати про те, що жертвами сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, стають не тільки жінки і дівчата, а і чоловіки, і люди з іншими гендерними ідентичностями. Насильство щодо них має на меті порушити соціальні та правові норми, принизити людей та спільноти. Нерідко подібне сексуальне насильство є способом злочинців привернути політичну увагу і таким чином заявити про себе як про небезпечне збройне формування, яке необхідно сприймати серйозно.

²⁵² *Houge A. B. Sexualized War Violence Subversive Victimization and Ignored Perpetrators. Masculinities in the Criminological Field. Routledge. 2014; Crawford Kerry F. War-time Sexual Violence: From Silence to Condemnation of a Weapon of War. Washington, DC: Georgetown University Press, 2017. 224 p.; Matusitz J. Gender Communal Terrorism or War Rape: Ten Symbolic Reasons, Sexuality & Culture, vol. 21, n. 3. Springer, New-York, 2017, pp. 830–844.*

²⁵³ *Brownmiller S. Against Our Will: Men, Women, and Rape [1975]. Fawcett Columbine, 1993. 472 p.*

570. Структурні, індивідуальні та групові фактори СНПК. Отже, важливою детермінантою сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом (СНПК), є рівень гендерної нерівності загалом у суспільстві до війни, оскільки гендерна нерівність і дисбаланс влади міцно вкорінені і передаються з покоління в покоління, відтворюючись у значних масштабах. На міжнародному рівні нині визнається неоднаковий вплив збройних конфліктів на жінок та дівчат. Зокрема, у Преамбулі Резолюції 1325 (2000) Ради Безпеки ООН²⁵⁴ йдеться про розуміння цього впливу та про необхідність ефективних інституційних механізмів для їх захисту.

571. Дані відмінності у тому, як жінки, дівчата, чоловіки та хлопчики стикаються з конфліктом, пов'язані з тим, що вони мають різний статус у своїх громадах, стають об'єктами нападу по-різному, їх травми мають різні соціальні та економічні наслідки, вони мають різні способи підтримання свого існування, різний доступ до ресурсів, необхідних для виживання та відновлення. Патріархальні соціальні моделі часто зображують жінок та дівчат покірними, пасивними та менш цінними у порівнянні з чоловіками. Укорінення ідеальних типів жіночності, пов'язаних з уявленням про жінок як пасивних суб'єктів, яким притаманна «сексуальна чистота і непорочність», також веде до того, що жінки розглядаються як «природні» жертви.

572. Аналогічно, гетеронормативні припущення та стереотипи стосовно чоловічої мужності та сили можуть призводити до небажання взагалі визнавати існування чоловіків-постраждалих від сексуального насильства. Очевидно, що обидва підходи мають єдине коріння і перешкоджають справедливості для усіх постраждалих.

573. Що ж стосується «ідентичності солдата», яку створюють армії, то вони теж пов'язані з соціальними конструкціями маскулінності, з уявленнями про те, що насильство та завоювання «личить» солдату, що клімат війни унормовує вираження ненависті та акти жорстокості. Індивідуальні чинники, що зумовлюють СНПК, не менш важливі. Існує навіть така концепція – «принципал-агент»²⁵⁵; вона про те, що рядові солдати використовують можливості війни, щоб потурати своїм егоїстичним мотивам, вивільняти темний бік людської природи і вчиняти сексуальне насильство. Отже, насильство має подвійну природу, як індивідуальну, так і соціальну, і для протидії йому необхідно враховувати, що індивідуальне формується під впливом культурних зразків гіпермаскулінності.

²⁵⁴ Women, Peace and Security Agenda. Available at: <https://www.peacewomen.org/security-council/WPS-in-SC-Council>

²⁵⁵ Butler, Christopher K.; Neil J. Mitchell & Tali Gluch (2007) Security Forces and Sexual Violence: A Cross-National Analysis of a Principal-Agent Argument, *Journal of Peace Research* 44(6): 669–987.

574. Окрім того, групова динаміка всередині збройних груп також відіграє істотну роль у поясненні поширеності, масштабів і жорстокості СНПК. Групове згвалтування підвищує згуртованість між членами таких формувань, породжуючи колективне відчуття влади та переваги, дозволяє їм отримати гарантії конфіденційності, особливо у невеликих групах з 3–5 осіб, де гвалтівники разом мовчатимуть щодо скоєного. Також є командири, які намагаються використовувати групові згвалтування, беручи у них участь, щоб показати «приклад для наслідування» підлеглим та зробити своє угруповання відомим подібними зразками поведінки.

575. Наслідки сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом. СНПК має серйозні наслідки для окремих осіб, спільнот та суспільства у цілому, як у короткостроковій, так і у довгостроковій перспективі. Мова йде про фізичну шкоду жертвам, психологічну та психічну шкоду, а також про вплив на соціальні відносини всередині та за межами спільнот.

576. Фізичні наслідки СНПК можуть проявлятися у травмах, зокрема тазових, генітальних, анальних та оральних, які іноді призводять до смерті, хворобах, інфекціях, що передаються статевим шляхом, інвалідності, сексуальній дисфункції, безплідді тощо. В умовах збройного конфлікту надання медичної допомоги, діагностика та лікування вкрай обмежені чи взагалі недоступні. Травматичні наслідки, які розвиваються через сексуальне насильство, можуть бути пов'язані з хронічними болями, унеможливленням контролю за проходженням рідин, відторгненням від громади, уникненням соціальних контактів, відсутністю можливості працювати та забезпечувати власні потреби. В культурних умовах, де репродуктивні здібності жінок висуваються в центр і розглядаються як основна жіноча цінність, безпліддя також може ставити жінок в особливо уразливе становище. Як бачимо, фізична шкода тісно пов'язана з психологічними, психічними та соціальними наслідками і навряд чи може розглядатися у відриві від них.

577. Психологічні та психічні наслідки СНПК можуть полягати у гострих стресових розладах, депресії, патологічних станах тривоги, страху, крайньої безпорадності та відчаю, відчутті сорому та провини, самозвинуваченні та низькій самооцінці, емоційному ступорі, суїцидальних тенденціях, поведінці з високим ризиком для здоров'я, зокрема зловживанні наркотичними речовинами, психічних захворюваннях різного ступеня тяжкості. Люди, які пережили сексуальне насильство, схильні відчувати глибоку недовіру до знайомих і незнайомих людей, дисоціюватися від людства та зовнішнього світу, а соціо-культурні табу навколо сексуальності ускладнюють їхню реабілітацію. Окрім того, психологічної та психічної шкоди зазнають не тільки ті, щодо кого сексуальне насильство вчинялося, а ті, кого змушували спостерігати за подібними актами.

578. Соціальні наслідки СНПК полягають у соціальній стигматизації постраждалих, руйнації їхніх стосунків з родинами та громадами, остракізму

жертв насильства та пошкодженні тканини суспільства, коли руйнується соціальний порядок і самоцінність громад. Небажана вагітність і «діти, народжені від згвалтування», також стають причиною соціального таврування та неприйняття громадами, перетворюючись на джерело згадки про колективний біль війни.

579. Правові засоби захисту постраждалих від сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом. Засоби захисту постраждалих від СНПК існують на міжнародному рівні в межах:

- міжнародного кримінального права
- міжнародного права прав людини
- міжнародного гуманітарного права.

580. На національному рівні такі засоби потребують виокремлення в рамках співіснування двох правових режимів:

- щодо загальнокримінальних злочинів
- щодо злочинів з точки зору міжнародного права.

581. Згвалтування та інші форми сексуального насильства заборонені міжнародним гуманітарним правом (МГП) та визнані постійно забороненими з точки зору звичаєвого міжнародного права (і в мирний час, і під час збройних конфліктів). МГП застосовується у ході збройного конфлікту і спрямоване на захист певних категорій осіб, які не беруть або більше не беруть участь у військових діях, а також регулює засоби та методи ведення війни.

582. Сексуальне насильство заборонено згідно з різними договорами міжнародного права прав людини (МППЛ), включно з правом на безпеку, заборонаю дискримінації, катування та жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність поводження або покарання. МППЛ зобов'язує держави поважати, захищати та гарантувати дотримання широкого обсягу прав людини і має на меті захищати осіб під юрисдикцією держави від свавілля держави. Це право застосовується і в мирні часи, і під час конфлікту.

583. Також воно заборонене згідно з міжнародним кримінальним правом (МКП), яке регулює кримінальну відповідальність осіб за найтяжчі міжнародні злочини. Саме завдяки судовій практиці Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МКТЮ) та Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди (МКТР) формувався правовий базис щодо СНПК у міжнародному кримінальному праві, зокрема, згвалтування вперше переслідувалося як воєнний злочин, злочин проти людяності та акт геноциду. З появою постійно діючого Міжнародного кримінального суду (МКС), що функціонує на основі Римського статуту, питання сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, отримали подальший розвиток.

584. Форми сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, згідно МКП:

- зґвалтування
- сексуальне рабство
- примусова проституція
- примусова вагітність
- примусовий аборт
- примусова стерилізація
- примусовий шлюб
- будь-яка інша форма сексуального насильства порівнюваної тяжкості (зокрема, це сексуалізовані катування, каліцтво жіночих геніталій, примусове оголення тощо)

585. Національні та міжнародні юрисдикційні повноваження і валідність доказів СНПК. Під час війни Росії проти України виникло питання належного документування та переслідування злочинів сексуального насильства, пов'язаних з конфліктом. Таке переслідування можливе, перш за все, в рамках української національної юрисдикції; далі, в рамках універсальної юрисдикції (йдеться про те, що національні органи влади будь-якої держави здійснюють розслідування та переслідують у судовому порядку осіб, підозрюваних у найтяжчих злочинах з точки зору міжнародного права, таких як воєнні злочини, злочини проти людяності, геноцид та агресія, незалежно від того, де ці злочини було скоєно, та незалежно від громадянства або місця проживання постраждалих чи підозрюваних осіб – так, зокрема, Естонія, Литва, Німеччина, Польща, Словаччина та Швеція почали розслідувати подібні злочини Росії під час війни в Україні, при цьому вони працюють у координації з українськими національними органами влади); і, зрештою, в рамках юрисдикції МКС, яка функціонує на підставі принципу субсидіарності.

586. Першочерговим завданням даних переслідувань є документування вчинених діянь таким чином, щоб забезпечити валідність зібраних доказів як для національних судів, так і для міжнародних судових установ. Цей подвійний вимір правової оцінки доказів весь час повинен матися на увазі.

587. Очевидно, що наразі в Україні, за відсутності інших національних кримінально-правових інструментів, для оцінки сексуального насильства має бути використаний потенціал ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв війни» і загалом потенціал розділу XX Особливої частини КК України 2001 р. «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку». Для розуміння і правильного застосування даних положень національного законодавства необхідно звернутися до міжнародних норм кримінального права, які, окрім того,

що можуть застосовуватися самостійно, мають бути імпліцитно включені у національну правову матерію. Так, зокрема, згвалтування як форма СНПК, відповідно до міжнародного кримінального права, може бути кваліфіковане як воєнний злочин, як злочин проти людяності та як геноцид. При цьому варто відслідкувати генеалогію підходів до розуміння згвалтування у ключових кейсах МКТР та МКТЮ.

588. Генеалогія підходів до розуміння згвалтування в міжнародному праві. В юриспруденції трибуналів *ad hoc* МКТР і МКТЮ спостерігаються три магістральні лінії.

589. Перша лінія – від справи *Akayesu* (МКТР)²⁵⁶ до справи *Čelebići* (МКТЮ)²⁵⁷ – де зроблено акцент на концепції насильства та агресії без зосередження на механістичному описі предметів і частин тіла.

590. Справа *Akayesu* була першим рішенням, що стосується визначення згвалтування у міжнародному праві. Судді зауважили, що згвалтування є формою агресії і основні елементи злочину згвалтування неможливо знайти у механістичному описі предметів і елементів тіла. Суд також відзначив культурну чутливість, пов'язану з публічним обговоренням інтимних питань, і нагадав про болісне небажання та нездатність постраждалих розкривати анатомічні подробиці сексуального насильства, якого вони зазнали. Палата явно зосереджувалась на примусовості обставин, а не на їх тілесних проявах, і навіть зазначила, що «сексуальне насильство не обмежується фізичним вторгненням у людське тіло і може включати дії, не пов'язані з проникненням або навіть фізичним контактом». У справі *Čelebići* судова камера МКТЮ погодилася як із визначенням в *Akayesu*, так і з розумінням насильства як центральної причини, згідно з якою міжнародне право забороняє згвалтування.

591. Друга лінія формувалася від справи *Furundžija* (МКТЮ)²⁵⁸ до справи *Kunarac* (МКТЮ)²⁵⁹, і її характерною рисою було спочатку зміщення в бік

²⁵⁶ The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998; The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Appeal Judgment), ICTR-96-4-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 June 2001

²⁵⁷ Čelebići Camp, Prosecutor v. Delalić (Zejnil) and ors (Trial Judgment), Case No IT-96-21-T, ICL 95 (ICTY 1998), 16th November 1998; Čelebići Camp, Prosecutor v. Delalić (Zejnil) and ors (Appeal Judgment), Case No IT-96-21-A, ICL 96 (ICTY 2001), 20th February 2001.

²⁵⁸ Prosecutor v. Anto Furundžija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 December 1998; Prosecutor v. Anto Furundžija (Appeal Judgement), IT-95-17/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 21 July 2000.

²⁵⁹ Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001; Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment), IT-96-23 & IT-96-23/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 12 June 2002.

«технічного опису» зґвалтування, а потім рух вбік аргументу «сексуальної автономії», акцент на забороні сексу без згоди з увагою до примусових обставин, які визнаються такими, що шкодять згоді. В *Furundžija* суд знову намагався фокусуватися на частинах тіла та «механіці» зґвалтування, дещо звужуючи підхід *Akayesu*. Втім, судді в справі *Kunagac* дали зрозуміти, що вони розуміють «сексуальну автономію» жертви як «справжню» мету законів проти зґвалтування. У цьому аналізі вони зосередилися насамперед на сексуальному акті, що включає сексуальне проникнення, на яке жертва не давала згоди або була поставлена в положення «нездатності чинити опір».

592. Третя лінія юриспруденції в справах *Gacumbitsi* (МКТР)²⁶⁰ – *Muhimana* (МКТР)²⁶¹ стала спробою узгодити підходи перших двох ліній, підкресливши в аргументації, що вони не суперечать одна одній.

593. Юриспруденція МКС щодо сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом. Пізніше, в юриспруденції МКС виникла низка справ, які можна назвати ключовими для розвитку судових політик протидії СНПК. Так, справа *Bemba* стала першим засудженням безпосередньо за сексуальне насильство у МКС²⁶². Дане рішення у 2016 р. називали перемогою матеріального кримінального правосуддя і шляхом до більш справедливого світу. Втім, апеляція у 2018 р. виносить у справі виправдальний вирок²⁶³, здійснюючи акцент на процедурній легітимності і підкреслюючи важливість балансу між матеріальним і процесуальним правосуддям. Правозахисники, аналізуючи дану апеляцію, зазначали, що подібні вирокі прискорбні, але це ціна, яку необхідно заплатити за дотримання основоположних принципів справедливого судового процесу.

594. *Ntaganda* кейс – це перше засудження за сексуальне рабство як форму СНПК в історії МКС у 2019 р.²⁶⁴ Апеляція підтвердила вирок у 2021 р.²⁶⁵

²⁶⁰ *The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi* (Trial Judgement), ICTR-2001-64-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 17 June 2004; *Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor* (Appeal Judgement), ICTR-2001-64-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 July 2006.

²⁶¹ *The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana* (Judgement and Sentence), ICTR- 95-1B-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 28 April 2005; *Mikaeli Muhimana v. The Prosecutor* (Appeal Judgement), ICTR-95-1B-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 2007 59 DR 199

²⁶² *The Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Art. 74 of the Statute, 21 March 2016.

²⁶³ *The Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08 A, Judgment on the Appeal of Mr JeanPierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III’s “Judgement Pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 June 2018.

²⁶⁴ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (Trial Judgement), ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019.

²⁶⁵ *The Prosecutor v. Bosco Ntaganda* (Appeal Judgement), ICC-01/04-02/06-2667-Red, Public redacted version of Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the decision of Trial Chamber VI of 7 November 2019 entitled ‘Sentencing judgment’, 30 March 2021.

У даній справі значущим моментом є також визнання того, що сексуальне насильство командира, спрямоване проти власної армії, є злочином, визнаним міжнародним правом.

595. Важливою віхою у розвитку міжнародного кримінального правосуддя стосовно питань СНПК стало рішення у справі Домініка Онгвена (*Ongwen case*)²⁶⁶. Ця справа стосується найбільшої кількості звинувачень і видів відповідальності проти одного злочинця, а також найширшого кола сексуальних злочинів, коли-небудь переданих до МКС. Серед іншого, Домінік Онгвен є першим, кому було пред'явлено обвинувачення та оголошено винним у злочині примусового шлюбу як окремому злочині за статтею 7(1)(к) Римського статуту. Також, сам засуджений є першим викраденим дитиною-солдатом, визнаним винним за вчинення тих самих злочинів, яких він також зазнав. В дитинстві Онгвена викрала найжорстокіша група повстанців в Уганді, яка використовувала дітей як життєво важливий ресурс, постійно викрадаючи їх із центрів для внутрішньо переміщених осіб і поповнюючи таким чином свої ряди. Згодом Онгвен став одним із лідерів повстанців, вчиняючи жахливі злочини. Дана справа продемонструвала *складність балансу між винуватістю і віктимізацією самого обвинуваченого*. Було підтримано, що віктимізація Онгвена повинна мати значення для рішення Суду, оскільки неврахування його досвіду вербування як дитини-солдата було б несправедливим; водночас, злочини, скоєні в дорослому віці, мають тягти його відповідальність, щоб забезпечити, серед іншого, справедливість до жертв цих злочинів²⁶⁷. Подібна *спіраль насильства* завдає тяжкої шкоди не лише фізичному і психічному здоров'ю постраждалих, а і руйнує життя спільнот, має негативний вплив на розбудову соціальних зв'язків, ускладнює постконфліктне відновлення.

596. Розвиток юриспруденції трибуналів *ad hoc* та МКС призвів до формування спеціальних правил процедури та доказування у справах про сексуальне насильство.

597. Правила та процедури щодо доказування сексуального насильства. Міжнародний кримінальний суд (Правила 70, 71 Правил процедури та доказування МКС²⁶⁸) та інші міжнародні трибунали та суди створили правила та механізми, щоб захистити постраждалих (свідків) та вирішити питання:

- згоди;
- підтвердження насильства додатковими фактами;

²⁶⁶ The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Trial Judgment ICC-02/04-01/15-1762-Red, 04 February 2021 | Trial Chamber IX | Decision.

²⁶⁷ *Stavrou Konstantina, Sauermoser Andreas*. The Prosecutor V Dominic Ongwen: A Judgment Of Many Firsts. Available at: <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/the-prosecutor-v-dominic-ongwen-a-judgment-of-many-firsts>

²⁶⁸ Rules of Procedure and Evidence, ICC. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RulesProcedureEvidenceEng.pdf>

- попередньої та подальшої сексуальної поведінки постраждалої особи;
- інших захисних заходів.

598. Дані правила полягають у наступному:

- прокурорам не потрібно надавати докази застосування сили або загрози сили, щоб довести відсутність згоди – достатні докази, які доводять наявність примусових обставин, вже виключають можливість надання справжньої згоди, і зосереджуватися потрібно на доказуванні примусових обставин; мовчання або відсутність фізичного опору постраждалих не означає згоду; постраждалим (свідкам) не можна ставити жодних питань стосовно згоди, якщо суд не влаштує закриті засідання, на якому дасть на це попередній прямий дозвіл після врахування аргументів сторін, і таке опитування здійснюватиметься у закритому слуханні
- згідно з принципами міжнародної кримінальної процедури у випадках сексуального насильства підтвердження додатковими фактами не вимагається. На практиці це означає, що свідчення постраждалих – за умови, якщо вони надійні та заслуговують на довіру – можуть бути достатніми доказами скоєння злочину сексуального насильства, за відсутності будь-якого іншого додаткового підтвердження фактами від інших свідків, документів, медичних документів, фотографій або будь-яких інших потенційно підтверджувальних доказів
- більшість міжнародних кримінальних трибуналів забороняють ставити питання стосовно попередньої та подальшої сексуальної поведінки постраждалих. Такі питання можуть бути особливо принизливими та, у контексті воєнних злочинів, злочинів проти людяності й актів геноциду, вважаються зайвими і недоречними. Доречні питання стосуються навколишніх обставин та того, дозволяли вони чи не дозволяли постраждалим вільно погодитися на сексуальні акти з підозрюваним правопорушником у конкретному випадку
- інші захисні механізми спрямовані на те, щоб постраждалі, їхні члени сім'ї та близькі родичі, свідки не піддавалися ризику помсти або ре-травматизації. Зокрема, такі механізми можуть бути як структурними (зокрема, справедливе гендерне представництво у структурі судової влади, персонал із досвідом роботи з травмою сексуального насильства, з правовим досвідом переслідування гендерних злочинів), так і організаційно-процесуальними безпековими (зокрема, особиста охорона, охорона житла і майна, видача спеціальних засобів індивідуального захисту і сповіщення про небезпеку, заміна документів та зміна зовнішності, зміна місця роботи або навчання, переселення в інше місце проживання, забезпечення конфіденційності відомостей про особу тощо).

599. Вочевидь, розуміння даних правил міжнародної кримінальної процедури надасть змогу як забезпечити міжнародні стандарти захисту прав людини на національному рівні, так і підготувати належну доказову базу по магістральній лінії міжнародного кримінального судочинства.

600. Алгоритм аналізу елементів злочинів відповідно до Римського статуту. У міжнародному кримінальному праві передбачається відповідний алгоритм аналізу елементів злочинів²⁶⁹ відповідно до Римського статуту.

601. Цей аналіз здійснюється на трьох рівнях:

- конкретні елементи злочину зґвалтування («Що сталося, з ким та де?»)
- загальні (контекстуальні) елементи воєнного злочину, або злочину проти людяності, або геноциду («Яким був контекст», у якому скоєно акт (основний злочин)?
- елементи для встановлення зв'язків («Хто несе відповідальність та як?»)

602. Конкретні елементи доводяться доказами, які демонструють, що вчинено конкретний акт поведінки та є наявним конкретний склад основного злочину сексуального насильства (наприклад, зґвалтування).

603. Загальні (контекстуальні) елементи, які часто називають «об'єднуючими», доводяться доказами, що описують обставини, у яких скоєно конкретний акт, та «підіймають» його до рівня воєнного злочину, злочину проти людяності або геноциду. Конкретний злочин може означати злочин з точки зору міжнародного права тільки тоді, коли він вчинений у відповідному контексті, який робить його воєнним злочином, злочином проти людяності або актом геноциду (наприклад, зґвалтування як воєнний злочин потребує, щоб діяння відбулося в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним, і щоб правопорушнику були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту).

604. Це означає, що якщо загальні елементи не задокументовані належним чином, злочин буде підлягати судовому переслідуванню тільки як «загальнокримінальний злочин» згідно з національним законодавством (наприклад, зґвалтування як таке), а не як злочин з точки зору міжнародного права (наприклад, зґвалтування як воєнний злочин), який не має строку давності.

605. Елементи для встановлення зв'язків, також відомі як «види відповідальності», доводяться доказами, що описують спосіб, в який один чи більше правопорушників несуть кримінальну відповідальність за дії або бездіяльність, які є злочином з точки зору міжнародного права. Мова йде про пряму відповідальність (ст. 25 Римського статуту), та відповідальність командира/начальника (ст. 28 Римського статуту).

²⁶⁹ Elements of Crimes, ICC. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

606. Аналізуючи згвалтування за Римським статутом²⁷⁰ як форму СНПК, наведемо елементи згвалтування як воєнного злочину:

Стаття 8 (2) (b) (xxii)-1 Воєнний злочин – згвалтування

Елементи

1. Правопорушник вторгнувся в тіло особи шляхом поведінки, яка призвела до проникнення, хоча б незначного, до будь-якої частини тіла жертви або злочинця статевим органом, або до анального або генітального отвору жертви будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.
2. Вторгнення було скоєно силою, або загрозою застосування сили чи примусу, наприклад, викликане страхом насильства, примусу, затримання, психологічного пригнічення чи зловживання владою, проти такої особи чи іншої особи, або шляхом використання примусового середовища, або вторгнення було скоєно проти особи, не здатної дати справжню згоду.
3. Дія відбулася в контексті міжнародного збройного конфлікту та була пов'язана з ним.
4. Правопорушнику були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

607. Згвалтування як воєнний злочин на національному рівні має кваліфікуватися за ст. 438 КК України.

608. Згвалтування як злочин проти людяності відповідно до чинного національного кримінального законодавства матиме певні перепони у переслідуванні на національному рівні, оскільки законодавство не розвинене і, не дивлячись на старанну адвокацію громадянського суспільства, Президентом так і не був підписаний законопроект 2689, що передбачав суттєві реформи у даному напрямку. Втім, незрілість національного законодавства не може стати на заваді переслідуванню злочинів, які по суті порушують норми *jus cogens* – імперативні норми міжнародного публічного права. Тому важливо відзначити, що належне збирання доказів та комунікація з МКС цілком здатна забезпечити ефективність переслідування у даному випадку.

609. Нагадаємо елементи згвалтування як злочину проти людяності відповідно до Римського статуту:

Стаття 7 (1) (g)-1 Згвалтування – злочин проти людяності

Елементи

1. Правопорушник вторгнувся в тіло особи шляхом поведінки, яка призвела до проникнення, хоча б незначного, до будь-якої частини тіла жертви або злочинця статевим органом, або до анального або генітального отвору жертви будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.

²⁷⁰ Rome Statute of the International Criminal Court. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf>

2. Вторгнення було скоєно силою, або загрозою застосування сили чи примусу, наприклад, викликане страхом насильства, примусу, затримання, психологічного пригнічення чи зловживання владою, проти такої особи чи іншої особи, або шляхом використання примусового середовища, або вторгнення було скоєно проти особи, не здатної дати справжню згоду.

3. Дія була скоєна як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.

4. Правопорушник знав, що ця поведінка була частиною широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, чи мав на меті таку поведінку.

610. Згідно з Римським статутом злочини проти людяності не вимагають зв'язку зі збройним конфліктом – вони можуть статися в мирний час. З точки зору загальних елементів злочину відповідно до Римського статуту, про які йшлося вище, необхідно, щоб даний акт поведінки був частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення – не обов'язково частиною обох. Напад не повинен бути збройним або військовим, якщо він широкомасштабний або систематичний. «Широкомасштабний» визнається як масовий, означаючи, що напад спрямований на велику кількість постраждалих. Поняття «систематичний» означає, що напад повинен мати заздалегідь складений план або політику. Тобто не сексуальне насильство само по собі має бути широкомасштабним або систематичним, щоб становити злочин проти людяності, а напад на цивільне населення має бути таким. Тобто, окремий акт згвалтування або іншої форми сексуального насильства може бути злочином проти людяності, якщо вчинений як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого на цивільне населення.

611. Що стосується згвалтування як акту геноциду відповідно до міжнародного кримінального права, то варто зазначити, що у справі Акаyesu (МКТР) трибунал вперше визначив згвалтування як акт геноциду та визнав особу винною у геноциді на підставі, зокрема, актів згвалтування та сексуального насильства. Важливо, що руандійський трибунал визнав інтерсекційність злочину геноциду згвалтування. Суд зауважив, що «геноцидне згвалтування» під час геноциду в Руанді сталося з деякими жінками через їхню етнічну приналежність, особливо з жінками тутсі або жінками хуту, які були одружені з чоловіками тутсі. Трибунал зазначив, що ці жінки стали мішенню як через їхню етнічну приналежність, так і через переконання і думки хуту про жінок тутсі як про жінок. Він визнав геноцид згвалтуванням як, можливо, найбільш ефективний і серйозний спосіб заподіяння каліцтв і шкоди окремим жінкам тутсі, що тим самим сприяв знищенню всієї групи тутсі. Суд фактично підкреслив, що секс працював на знищення людей і згвалтування використовувалися як знаряддя війни.

612. Що ж стосується згвалтувань як актів геноциду, які вчинялися в Боснії, то югославський трибунал встановив, що ці згвалтування були задумані так, щоб мати ефект запліднення жертви, щоб у неї народжувалася дитина від серба і щоб дитина була ідентифікована в етнічній належності гвалтівника, що означало геноцид як дії, розраховані на унеможливлення народження дітей в середовищі групи жертв згвалтування, та сприяло остракізації жінок та відчуженні їх від своїх громад.

Ст. 6 Римського статуту «Геноцид» містить таке визначення:

Для цілей цього Статуту «геноцид» означає будь-яке з наступних діянь, що здійснюються з наміром знищити, повністю або частково, будь-яку національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку:

- a) вбивство членів такої групи;
- b) заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи психічної шкоди членам такої групи;
- c) навмисне створення для будь-якої групи таких життєвих умов, які розраховані на повне чи часткове фізичне знищення її;
- d) заходи, розраховані на запобігання дітонародженням у середовищі такої групи;
- e) насильницька передача дітей із однієї людської групи до іншої.

613. Таким чином, оцінюючи правові перспективи визнання згвалтувань, вчинених під час війни РФ проти України, міжнародним злочином геноциду, необхідно розуміти потребу у міжнародному кримінальному правосудді доводити об'єктивну сторону складу геноциду у виді заподіяння серйозних тілесних ушкоджень чи психічної шкоди членам певної згаданої групи, або, наприклад, у виді заходів, розрахованих на запобігання дітонародженням у середовищі такої групи, а також потребу доведення спеціального геноцидального «наміру» (intent), за допомогою дій, перерахованих в об'єктивних елементах злочину, «повністю або частково знищити національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку».

614. Що стосується національного кримінально-правового регулювання відповідальності за геноцид у ст. 442 КК України, даний припис не повною мірою відповідає підходам Римського статуту, не враховує різниці між тяжким тілесним і «серйозним» тілесним ушкодженням, оминає увагою психічну шкоду. Тим не менш, за наявності ознак складу злочину, передбаченого ст. 442 КК, а також при належному тлумаченні та аргументації, переслідування на національному рівні потенційно спроможне.

615. Паттерни ідентифікації СНПК. Разом із збиранням достатньої кількості інформації для документування всіх відповідних складових окремих злочинів, докази сексуального насильства як національного кримінального злочину або міжнародного злочину посилюються, якщо вони можуть продемонструвати, що окремі інциденти є складовою частиною певного паттерну злочину, тобто існують численні пов'язані інциденти зі

спільними рисами. Це дозволить довести, що дані діяння є частиною єдиного магістрального курсу на вчинення таких порушень і вийти на принципово інший якісний рівень щодо розуміння ієрархії віддання наказів про дані злочини і можливостей притягнення винних осіб до відповідальності.

616. СНПК як загроза міжнародному миру та безпеці і WPS Agenda.

Важливою віхою у захисті жінок від сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, стала *Women, Peace and Security Agenda (WPS Agenda)* – серія з 10 резолюцій Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй, присвячених питанням порядку денного у сфері «Жінки, Мир, Безпека», які визначають орієнтири роботи із захисту прав жінок у конфліктних та пост-конфліктних ситуаціях²⁷¹. Вони разом формують міжнародну політико-правову базу в цій сфері і були прийняті у відповідь на наполегливу адвокацію з боку громадянського суспільства. *Резолюція 1325 (2000) Ради Безпеки ООН* (далі – РБ ООН) стала стартовим документом щодо гендерної перспективи у цій області і була прийнята одноголосно. Вона заснована на таких стовпах-вимогах:

- включення гендерної перспективи у миротворчі операції;
- повага до гуманітарного права з акцентом на забезпеченні кращого захисту жінок і дівчат (виключенні безкарності та сприяння справедливості щодо жінок, постраждалих від конфлікту);
- сприяння захисту прав жінок і дівчат та їх особливих потреб під час процесу репатріації, переселення, реінтеграції та відбудови.

617. Окрім того, держави зобов'язані не втручатися чи діяти в будь-який інший спосіб, який міг би заважати реалізації жінками та дівчатами їх фундаментальних прав.

Резолюція РБ ООН 1820 (2008) стосується сексуального насильства як зняття війни.

Резолюція РБ ООН 1888 (2008) закликає призначати спеціального представника з питань сексуального насильства в умовах конфлікту, а також створювати радників з питань захисту жінок (Women Peace Advisers) в рамках миротворчих місій, разом з групою експертів, призначених для швидкого реагування на ситуації сексуального насильства.

Резолюція РБ ООН 1889 (2009) орієнтована на пост-конфліктне миробудування (розбудову миру) та, зокрема, вимагає розробки індикаторів для вимірювання імплементації Резолюції 1325 як в системі ООН, так і державами-членами.

Резолюція РБ ООН 1960 (2010) створює інституційні інструменти та засоби для боротьби з безкарністю та окреслює конкретні кроки, необхідні як для попередження, так і для захисту від сексуального насильства під час конфлікту.

²⁷¹ Women, Peace and Security Agenda. Available at: <https://www.peacewomen.org/security-council/WPS-in-SC-Council>.

Резолюція РБ ООН 2106 (2013) спирається на попередні резолюції з цієї тематики, але надає більше оперативних деталей. Зокрема, закликає до подальшого розгортання системи радників із захисту жінок (WPA) відповідно до резолюції 1888 і вимагає систематичної оцінки умов для забезпечення належної підготовки та розгортання радників, а також повторює, що всі залучені суб'єкти – Рада Безпеки, сторони у збройних конфліктах, держави-члени та організації ООН повинні робити більше для реалізації попередніх мандатів та боротьби з безкарністю.

Резолюція РБ ООН 2122 (2013) передбачає посилення заходів щодо залучення жінок до мирних процесів та закликає регулярно проводити брифінги та доповіді з питань жінок, миру та безпеки для різних організацій та членів ООН.

Резолюція РБ ООН 2242 (2015) посилює інструменти оцінки виконання WPS Agenda, підкреслює важливість колаборації з громадянським суспільством, вимагає інтеграції порядку денного «Жінки, Мир Безпека» в усіх секторах та ситуаціях.

Резолюція РБ ООН 2467 (2019) визнає необхідність підходу, орієнтованого на «тих, хто вижив», закликає держави-члени забезпечити, щоб запобігання та реагування були недискримінаційними та конкретними, а також виражали повагу до прав та надавали пріоритет потребам тих, хто вижив, включаючи вразливі або цільові групи.

Резолюція РБ ООН 2493 (2019) наполегливо закликає держави-члени створювати безпечне та сприятливе середовище для громадянського суспільства, включаючи офіційних та неформальних жінок-лідерок, жінок-миротворців, політичних діячів та тих, хто захищає та просуває права людини, щоб вони мали змогу виконувати свою роботу незалежно та без зайвого втручання, у тому числі у ситуаціях збройних конфліктів, а також для подолання погроз, переслідувань, насильства та ненависті щодо названих суб'єктів.

Вивчіть серію резолюцій РБ ООН, присвячених питанням порядку денного «Жінки, Мир, Безпека» (Women, Peace and Security Agenda (WPS Agenda).

Проаналізуйте Національний план дій з реалізації резолюції РБ ООН 1325.

Оскільки для комплексної та ефективної протидії сексуальному насильству, пов'язаному з конфліктом, важливо, щоб ініціативи у цій сфері мали потужний превентивний компонент, спробуйте розробити проект Матриці індикаторів раннього попередження СНПК – практичний контекстно-специфічний дороговказ, покликаний сформулювати ефективну політику ранньої протидії сексуальному насильству в зоні конфлікту.



Питання для самоконтролю

1. Як міжнародне право прав людини працює поза державним територіальним контролем?
2. Що таке екстериторіальна юрисдикція і які її межі?
3. Яким є правовий ефект концепції «ефективного контролю»?
4. Якими є позитивні зобов'язання постраждалих держав щодо прав людини?
5. Які тенденції розвитку практики ЄСПЛ щодо меж позитивних зобов'язань постраждалих держав?
6. У чому полягає специфіка сексуального насильства, пов'язаного з насильством?
7. Якими є міжнародно-правові механізми та інструменти попередження та протидії сексуальному насильству, пов'язаному з конфліктом?

РЕКОМЕНДОВАНА ЛІТЕРАТУРА

1. Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigations. A Practical Guide on the Effective Use of Digital Open Source Information in Investigating Violations of International Criminal, Human Rights and Humanitarian Law. URL: https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-04/OHCHR_BerkeleyProtocol.pdf
2. Brownmiller S. *Against Our Will: Men, Women, and Rape* [1975]. Fawcett Columbine, 1993. 472 p.
3. Butler, Christopher K.; Neil J. Mitchell & Tali Gluch (2007) Security Forces and Sexual Violence: A Cross-National Analysis of a Principal-Agent Argument, *Journal of Peace Research* 44(6): 669–987.
4. Crawford Kerry F. *Wartime Sexual Violence: From Silence to Condemnation of a Weapon of War*. Washington, DC: Georgetown University Press, 2017. 224 p.
5. Eboe-Osuji C. *International law and sexual violence in armed conflicts*. Martinus Nijhoff Publishers. Leiden-Boston, 2012. 372 p. Available at: <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/31519>
6. *Handbook on Civil Society Documentation of Serious Human Rights Violations*. The Public International Law & Policy Group. URL: https://static1.squarespace.com/static/5900b58e1b631bffa367167e/t/59dfab4480bd5ef9add73271/1507830600233/Handbook-on-Civil-Society-Documentation-of-Serious-Human-Rights-Violations_c.pdf
7. Houge A. B. *Sexualized War Violence Subversive Victimization and Ignored Perpetrators. Masculinities in the Criminological Field / Masculinities in the Criminological Field. Control, Vulnerability and Risk-Taking*. Edited by Ingrid Lander, Signe Ravn, Nina JonRoutledge. 2014. 268 p.
8. Koepp M. *Rape as a weapon of war: an analysis of the impunity of perpetrators of sexual violence in the DRC*. Global Campus Europe: EMA. 2020.

Available at: <https://repository.gchumanrights.org/handle/20.500.11825/1791>
DOI <http://hdl.handle.net/20.500.11825/1791>

9. Mallory C. A second coming of extraterritorial jurisdiction at the European Court of Human Rights? Available at: <http://www.qil-qdi.org/a-second-coming-of-extraterritorial-jurisdiction-at-the-european-court-of-human-rights/#:~:text=If%20a%20'second%20coming'%20%E2%80%93,natura-l%20part%20of%20the%20process>
10. Matusitz J. Gender Communal Terrorism or War Rape: Ten Symbolic Reasons, *Sexuality & Culture*, vol. 21, n. 3. Springer, New-York, 2017, pp. 830–844.
11. Milanovic M. ECtHR Grand Chamber Declares Admissible the Case of Ukraine v. Russia re Crimea. Available at: <https://www.ejiltalk.org/ecthr-grand-chamber-declares-admissible-the-case-of-ukraine-v-russia-re-crimea/>
12. Milanovic M. Georgia v. Russia No. 2: The European Court's Resurrection of Bankovic in the Contexts of Chaos. Available at: <https://www.ejiltalk.org/georgia-v-russia-no-2-the-european-courts-resurrection-of-bankovic-in-the-contexts-of-chaos/>
13. Protsenko O. (UHHRU): “No control should not amount to no responsibility: Khlebiuk v. Ukraine”. Available at: <https://helsinki.org.ua/en/articles/olena-protsenko-uhhru-no-control-should-not-amount-to-no-responsibility-khlebiuk-v-ukraine/>
14. Stavrou K., Sauermoser A. The Prosecutor V Dominic Ongwen: A Judgment of Many Firsts. Available at: <https://www.humanrightspulse.com/mastercontentblog/the-prosecutor-v-dominic-ongwen-a-judgment-of-many-firsts>
15. The Murad Code. URL: <https://www.muradcode.com/>
16. Women, Peace and Security Agenda. Available at: <https://www.peacewomen.org/security-council/WPS-in-SC-Council>
17. Women, Peace and Security Agenda. Available at: <https://www.peacewomen.org/security-council/WPS-in-SC-Council>
18. Yudkivska G. Territorial Jurisdiction and Positive Obligations of an Occupied State: Some Reflections on Envolving Issues Under Article 1 of the European Convention. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2825208
19. Гнатовський М. Повага до прав людини в умовах збройного конфлікту в Україні. Застосування судами норм міжнародного гуманітарного права та стандартів захисту прав людини. 2017 р. Електронний ресурс. Режим доступу: https://newjustice.org.ua/wp-content/uploads/2017/09/Report_Respect-for-HR-in-Conflict_Gnatovsky_UKR.pdf
20. Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті. Краща практика документування сексуального насильства як злочину або порушення міжнародного права / Сара

- Ферро Рібейро і Данае ван дер Стратен Понтоз. 2017. Електронний ресурс. Режим доступу: https://ngu.gov.ua/wp-content/uploads/2021/03/37-international_protocol_2017_2nd_edition_ukr.pdf
21. Путівник гендерної інтеграції у Збройних Силах України. Формування гендерної компетентності військового професіонала / в рамках проєкту «Посилення демократичного контролю над Збройними Силами України», який здійснюється Міністерством оборони України та Координатором проєктів ОБСЄ в Україні. 2020. Електронний ресурс. Режим доступу: <https://www.osce.org/files/f/documents/4/8/479044.pdf>
 22. Харитонова О. Порядок денний «Жінки, Мир, Безпека»: вплив та ризики // Реалізація гендерної політики на сучасному етапі розвитку сектору безпеки і оборони України: стан, проблеми, перспективи: тези III Міжнародної науково-практичної конференції (Хмельницький, 29 квітня 2021 року). Хмельницький: Видавництво НаДпсУ, 2021. С. 410–414. Електронний ресурс. Режим доступу: https://new.nadpsu.edu.ua/wp-content/uploads/2021/11/konferenciya_genderna_29_10_2021.pdf
 23. Харитонова О. В. Захист сексуальної автономії людини в проєкті КК України: критичний погляд. Вісник Асоціації кримінального права України, 2021, № 2 (16). С. 178–208. Електронний ресурс. Режим доступу: <http://vakp.nlu.edu.ua/article/view/244248> doi: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2021.16.244248>
 24. Христова Г. О. Про позитивні зобов'язання держави в умовах збройного конфлікту та тимчасової втрати контролю над частиною своєї території. Вісник Національної академії правових наук. № 2 (89). 2017. С. 54–67. Електронний ресурс. Режим доступу: http://visnyk.kh.ua/web/uploads/pdf/ilovepdf_com-54-67.pdf

КЕЙСИ

1. Al-Skeini and Others v. the United Kingdom. App no. 55721/07, GC, ECtHR, 7 July 2011. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-105606%22%5D%7D>
2. An and Others v. Cyprus, App no. 18270/91 (Commission Decision, 8 October 1991).
3. Azemi v. Serbia (dec.), App no. 11209/09, ECtHR, 5 November 2013. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22002-9116%22%5D%7D>
4. Banković and Others v. Belgium and Others (dec). App no 52207/99, GC, ECtHR, 12 December 2001. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-470135-471261%22%5D%7D>
5. Bosnia-Herzegovina v. Serbia and Montenegro. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. Judgment, I.C.J. Reports 2007, 43.

6. Čelebići Camp, Prosecutor v. Delalić (Zejnir) and ors (Trial Judgment), Case No IT-96-21-T, ICL 95 (ICTY 1998), 16th November 1998; Čelebići Camp, Prosecutor v. Delalić (Zejnir) and ors (Appeal Judgment), Case No IT-96-21-A, ICL 96 (ICTY 2001), 20th February 2001
7. Chiragov and others v. Armenia. App no. 13216/05, GC, ECtHR, 16 June 2015. Available at: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-155353&filename=001-155353.pdf>
8. Cyprus v. Turkey (1982) 35 EHRR 30, 586.
9. Cyprus v. Turkey, App no. 8007/77 (Commission Decision, 10 July 1978).
10. Georgia v. Russia (II). App no 38203/68, GC, ECtHR, 21 January 2021. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-207757%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-207757%22])
11. Hanan v. Germany. App no 4871/16, GC, ECtHR, 16 February 2021. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22001-208279%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22001-208279%22])
12. Ilascu and others v. Moldova and Russia. App no 48787/99, GC, ECtHR, 8 July 2004. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-61886%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-61886%22])
13. Ilse Hess v. United Kingdom (ECommHR, 28 May 1975)
14. Jaloud v. the Netherlands. App no. 47708/08, GC, ECtHR, 20 November 2014. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:\[%22jaloud%22\],%22itemid%22:\[%22001-148367%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22fulltext%22:[%22jaloud%22],%22itemid%22:[%22001-148367%22])
15. Khlebiuk v. Ukraine, App no. 2945/16, ECtHR, 25 July 2017. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:\[%22001-175656%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:[%22001-175656%22])
16. Lawless v. Ireland. No. 1/61, ECtHR, 1 July, 1961. Available at: https://www.cvce.eu/en/obj/judgment_of_the_european_court_of_human_rights_lawless_v_ireland_1_july_1961-en-4e78b492-9973-4616-86af-ca411d9e771e.html
17. Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections) (1995) 20 EHRR 99
18. Loizidou v. Turkey, App no. 15318/89, GC, ECtHR, 18 December 1996. Available at: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-58007&filename=001-58007.pdf>
19. Mikaeli Muhimana v. The Prosecutor (Appeal Judgement), ICTR-95-1B-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 May 2007
20. Mozer v. the Republic of Moldova and Russia. App no. 11138/10, GC, ECtHR, 23 February 2016. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:\[%22002-10885%22\]](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:[%22002-10885%22])
21. Prosecutor v. Anto Furundzija (Appeal Judgement), IT-95-17/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 21 July 2000
22. Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 December 1998

23. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001. Available at: <https://www.refworld.org/cases,ICTY,3ae6b7560.html>
24. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Trial Judgment), IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 February 2001
25. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment), IT-96-23 & IT-96-23/1-A, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 12 June 2002
26. Sargsyan v. Azerbaijan. Appno 40167/06, GC, ECtHR, 16 June 2015. Available at: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-10620%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-10620%22]})
27. Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor (Appeal Judgement), ICTR-2001-64-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 July 2006
28. The Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08 A, Judgement on the Appeal of Mr JeanPierre Bemba Gombo Against Trial Chamber III's "Judgement Pursuant to Article 74 of the Statute", 8 June 2018
29. The Prosecutor v. Bemba, ICC-01/05-01/08, Judgment Pursuant to Art. 74 of the Statute, 21 March 2016
30. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda (Appeal Judgement), ICC-01/04-02/06-2667-Red, Public redacted version of Judgment on the appeal of Mr Bosco Ntaganda against the decision of Trial Chamber VI of 7 November 2019 entitled 'Sentencing judgment', 30 March 2021
31. The Prosecutor v. Bosco Ntaganda (Trial Judgement), ICC-01/04-02/06-2359, 8 July 2019
32. The Prosecutor v. Dominic Ongwen. Trial Judgment ICC-02/04-01/15-1762-Red, 04 February 2021 | Trial Chamber IX | Decision. Available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/record.aspx?docNo=ICC-02/04-01/15-1762-Red>
33. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Appeal Judgment), ICTR-96-4-A, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 1 June 2001
34. The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Trial Judgement), ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 September 1998
35. The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana (Judgement and Sentence), ICTR- 95-1B-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 28 April 2005
36. The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi (Trial Judgement), ICTR-2001-64-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 17 June 2004
37. Vearncombe v. the United Kingdom and the Federal Republic of Germany (1987) 59 DR 199
38. X v. Federal Republic of Germany, App no. 1065/61 (ECommHR, 25 September 1965)

ПРЕДМЕТНИЙ ПОКАЖЧИК

Кирилиця

А

Аналогія закону *125*
Архітектоніка джерел
кримінально-правової охорони *59*

Б

Бланкетні норми *55*

В

Вакуум у захисті конвенційних прав *171*
Верховенство права *48, 71, 82, 126, 143*
Виклики національним суверенітетам *135*
Воєнні злочини *30, 179, 199*

Г

Гармонізація кримінального права *122*
Геноцид *40, 45, 76, 99, 100, 185, 199, 200, 206, 207*
Горизонтальний ефект прав людини *37*
Групові фактори СНПК *196*

Д

Джерело кримінально-правової охорони
7, 48–53, 58–60, 62, 65, 67, 68, 72, 73
Джерело кримінального права *50, 52–54, 59*
Джерело кримінально-правового
регулювання *50*
Диверсифікація *76, 95*
Динамізм джерел кримінально-правової
охорони *52*
Дисциплінарні практики *79, 82*
Доцільність *8, 76, 80, 82, 99, 103–105, 113, 117*

Е

Еволюція очікувань, що пред'являються
до постраждалої держави
щодо захисту прав людини *182*
Експансія кримінального права *108*

Екстериторіальна юрисдикція *8, 13, 162, 167, 172*

Ефективний контроль *96, 162, 164, 167, 173–176, 181, 182, 188*

Є

Євроінтеграційні виклики *92*
Європейська конвенція
з прав людини *105*
Європейський Союз *16, 68–72, 81, 89–95, 121, 131, 134, 143, 144, 170*
Європейський суд з прав людини *35–39, 54, 60–64, 71, 81, 82, 87, 90–92, 96, 97, 99, 100, 102, 103, 105, 106, 118, 119, 121–125, 128, 129, 132, 134–142, 144–148, 152, 154, 156–160, 163–167, 169, 173, 177, 178, 180, 181, 183, 185–187, 189, 190, 192, 210*

Ж

Жінки, Мир, Безпека *208, 209, 212*

З

Законність *103, 117, 118*
Заходи кримінально-правового примусу
103
Злочин *25, 57, 76, 80, 84, 90, 99, 101, 114, 125, 133, 198, 200, 204–206*
Злочини проти людяності *40, 179, 199, 206*

І

Індивідуальні фактори СНПК *196*
Інфляція прав людини *101*

К

Кандидат в члени ЄС *16, 71*
КК України *49, 50, 54, 55, 62, 66, 67, 72–74, 79, 84, 92, 107, 108, 115, 119, 121, 127–129, 199, 205, 207, 212, 216*
Класифікація джерел
кримінально-правової охорони *60*

Конституційні засади кримінального права 66, 73
Кримінальне законодавство України 57
Кримінальне право 7, 24, 25, 37, 39, 40, 43, 45, 46, 50, 51, 53, 65, 66, 68, 73, 77, 81, 82, 84, 85, 87, 105, 109, 110, 112, 114, 118, 131, 140, 198
Кримінальне право ЄС 68, 69
Кримінальне правопорушення 123, 130
Кримінально-правовий компроміс 89
Кримінально-правовий примус 89
Кримінально-правовий сенс 101, 102
Критерії (правило) Енгеля 79, 81, 82, 92, 122

Л

Людська гідність 113

М

Межі розсуду 137
Міжнародне гуманітарне право 169, 172
Міжнародне кримінальне право 7, 24, 40
Міжнародне право 45, 143, 200, 210
Міжнародний кримінальний суд 41, 46, 77, 202
Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії 45
Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди 46
Міжнародно-правові акти 67

Н

Належні і достатні заходи 180, 186
Наслідки сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом 197
Нюрнберзький трибунал 43, 44

О

Окупація 173
Організація Об'єднаних Націй 9, 16, 29–31, 33–35, 45, 46, 78, 96, 101, 142, 143, 163, 176, 178, 185, 189, 196, 208, 209
Основні та субсидіарні джерела кримінального права 63

П

Першість права ЄС 92

Позитивні зобов'язання держав 37, 142, 187

Позитивні зобов'язання постраждалих держав 8, 162, 180

Поліджерельність 57

Порівняльне правознавство 14, 18, 24

Права людини 5–8, 10, 12–14, 16, 18, 24–42, 46–49, 53–57, 60, 71, 72, 74, 76–79, 81, 82, 84, 85–89, 92–94, 96–103, 105, 109, 112, 113, 117, 118, 121–124, 129, 131–141, 145–150, 152, 153, 156, 158–163, 165–167, 169, 172–175, 177, 178, 180–189, 191–195, 198, 204, 209–211

Право на життя 138, 140, 142, 165, 170

Право на надію 105

Практика ЄСПЛ 71

Превентивне затримання 123

Предметна юрисдикція 97

Примусові заходи медичного характеру 124

Принцип субсидіарності 8, 72, 134, 138, 141, 145

Проект Кримінального кодексу України 79, 92

Пропорційність 13, 146, 148, 155, 156, 158

Психологічні та психічні наслідки СНПК 197

Р

Рада Європи 86

Реабілітація 197

Реінтеграція 104

Ресоціалізація 102, 104

Рівні кримінально-правового регулювання 91–92

Римський статут 46, 205, 206

С

Санкції 78, 103, 105, 129, 143

Свавілля 27, 36, 56, 86, 109, 112, 113, 117, 131, 198

Сексуальне насильство 8, 162, 194, 198

Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом 162, 194

Системи джерел кримінального права 56, 58, 61

Соціальні наслідки СНПК 197
Спеціальний поліцейський нагляд 124
Структурні фактори СНПК 196
Субсидіарні джерела
кримінального права 63
Субсидіарність 37, 135, 136
Суд ЄС 144
Судова практика 72
Суспільство-в'язниця 82

T

Територіальна юрисдикція 97
Токійський трибунал 44
Трискладовий тест 146, 150, 151

У

Універсальна юрисдикція 8, 76, 99
Універсальність прав людини 172

Ф

Фізичні наслідки СНПК 197
Фрагментації міжнародного права 172
Фрагментації у кримінальному праві 86

Ю

Юридичні наслідки війни Росії
проти України 177
Юрисдикційний зв'язок 166, 168
Юрисдикція в часі 97
Юрисдикція за колом суб'єктів 97

Латинська абетка

J

Jus cogens 68, 101, 143, 205
Jus puniendi 107

L

Lex certa 6, 117, 121
Lex mitior 6, 117, 120, 127

M

Malum in se 56
Malum prohibitum 56

N

Non-retroactivity 6, 117, 127
Nulla poena sine lege parlamentaria 8, 117,
130
Nullum crimen, nulla poena, sine lege 120

Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia
120

Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta
120

Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta
120

P

Peccata contra naturam sunt gravissima 56

R

Ratione loci 97, 98, 163

Ratione materiae 97

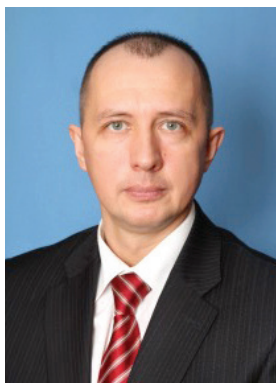
Ratione personae 97, 98

Ratione temporis 97, 98, 163

U

Ultima ratio 13, 56, 107–113, 115

ПРО АВТОРІВ



Дмитро Лук'янов

(підрозділ 1.1 розділу 1)

Доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, професор кафедри міжнародного приватного права і порівняльного правознавства Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Сфера наукових інтересів – порівняльне правознавство, загальна теорія права, конституційне право, права людини, політичні партії, релігійні правові системи.



Олександр Марін

(підрозділ 1.3 розділу 1, підрозділ 3.1 розділу 3)

Кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри кримінального права і кримінології Львівського національного університету імені Івана Франка.

Сфера наукових інтересів – кримінальне право, кримінально-правова кваліфікація, відповідальність за кримінальні правопорушення у сфері службової діяльності, міжнародне кримінальне право.



Ірина Сень

(підрозділ 3.4 розділу 3)

Кандидатка юридичних наук, доцентка кафедри кримінального права і кримінології юридичного факультету Львівського національного університету імені Івана Франка.

Сфера наукових інтересів – кримінальне право, проблеми співвідношення кримінально-правових норм, спеціальні норми у кримінальному праві України.



Вячеслав Туляков

(розділ 2, підрозділ 3.2 розділу 3, підрозділ 3.3 розділу 3 (у співавторстві з Оленою Шостак))

Доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, професор кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія», суддя ad hoc Європейського суду з прав людини.

Сфера наукових інтересів – кримінальне право, кримінальна політика, кримінально-правові заходи, права людини, віктимологія та загальна теорія кримінології.



Олена Уварова

(підрозділ 1.2 розділу 1)

Кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри прав людини і юридичної методології, голова Міжнародної лабораторії з бізнесу і прав людини Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, запрошена дослідниця у Вагенінгенському Університеті (Нідерланди).

Сфера наукових інтересів – права людини, бізнес і права людини, корпоративна відповідальність у сфері прав людини, недискримінація, права людини в умовах конфлікту.



Олена Харитонова

(розділ 4)

Кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри кримінального права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, запрошена дослідниця Університету Граца (Австрія).

Сфера наукових інтересів – кримінальне право, гендерно обумовлене насильство, недискримінація, права людини, кримінально-правова епістемологія, права людини в умовах конфлікту, сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом.



Олена Шостак (Поліщук)

(підрозділ 3.3 розділу 3 (у співавторстві з Вячеславом Туляковим))

Кандидатка юридичних наук, доцентка, доцентка кафедри кримінального права Національного університету «Одеська юридична академія».

Сфера наукових інтересів – кримінально-правова політика, порівняльне кримінальне право, приватне і публічне в кримінальному праві, примирення, медіація, відновне правосуддя, міжнародне та європейське кримінальне законодавство, кримінально-правові новації.

Навчальне видання

Удосконалення магістерської програми з кримінальної юстиції

Лук'янов Дмитро Васильович,
Марін Олександр Костянтинович,
Сень Ірина Зеновіївна,
Туляков Вячеслав Олексійович,
Уварова Олена Олександрівна,
Харитонова Олена Володимирівна,
Шостак Олена Миколаївна

**МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ПРАВ ЛЮДИНИ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ:
КОМПАРАТИВНА ПЕРСПЕКТИВА**

П о с і б н и к

Електронне навчальне видання



Редактори: *О. Харитонова, Г. Шмельцер*
Комп'ютерна верстка *О. Мірошниченко*

Підписано до поширення через мережу Інтернет 20.12.2022
Відповідає формату друкованого видання 60×84/8. Гарнітура Times
Облік.-вид. арк. 12. Об'єм даних 2,4 Мб.
Зам. № 3003

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
вул. Чернишевська, 80, м. Харків, 61002, Україна
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011



www.pravo-izdat.com.ua

ISBN 978-966-998-396-1



9 789669 983961

