

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА (ПРАВОВЛАДДЯ): ЯК ЙОГО ТЛУМАЧИТЬ ВЕНЕЦІЙСЬКА КОМІСІЯ*



С. ГОЛОВАТИЙ
*доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
професор кафедри теорії права та держави
(Київський національний університет
імені Тараса Шевченка)*

На 86-му пленарному засіданні (25–26 березня 2011 р.) Венеційська Комісія (Комісія «За демократію через право») схвалила спеціальну доповідь з верховенства права¹. Консенсусне рішення щодо остаточної версії документа далось нелегко учасникам тривалої і гострої дискусії. Адже йшлося про те, щоб усім складом Комісії досягти повної згоди у питанні чіткого розуміння поняття «верховенство права» («*Rule of Law*») на основі проекту, який упродовж кількох років опрацьовувала спеціальна робоча група членів Комісії, до якої увійшли представники різних правничих культур і традицій, юридичних си-

стем, наукових шкіл права — голландської, німецької, англійської та фінської**.

Ухвалена Венеційською Комісією доповідь стала завершальною фазою в осмисленні посутнього значення концепції верховенства права (*правовладдя*) на сучасному етапі європейського розвитку. До того це здійснили інші головні інституції Ради Європи — Парламентська Асамблея, Комітет Міністрів, Європейський Суд з прав людини — шляхом напрацювання відповідних документів у компетенції кожної з цих інституцій. Позаяк автор цих рядків певною мірою особисто був причетний до роботи над цим питан-

* Стаття друкується в авторській редакції.

¹ Report on the Rule of Law. Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011) on the basis of comments by Mr Pieter van Dijk (Member, Netherlands), Ms Gret Haller (Member, Switzerland), Mr Jeffrey Jowell (Member, United Kingdom), Mr Kaarlo Tuori (Member, Finland). Study No. 512/2009. CDL-AD(2011)003rev. Or.Engl.

** Укладачами проекту доповіді були: пан Пітер ван Дайк — колишній професор права університету в Утрехті, член Королівської Академії мистецтв і наук (Нідерланди); пані Грет Галлер — професор університету Йоганна Вольфганга фон Гете у Франкфурті-на-Майні (Німеччина); пан Джефрі Джоуел — професор права в університеті в Лондоні, директор Центру з верховенства права ім. Бінгема; пан Каарло Туорі — професор права університету в Гельсінкі.

ням — від початкової фази до завершальної, — то ним і було запропоновано побіжно ознайомити читачів часопису «Право України» з перебігом цієї роботи в інституціях Ради Європи, переважно зосередившись на значимості доробку саме Венеційської Комісії у цій ділянці.

Першою з-посеред названих інституцій Ради Європи, що взялася за цю справу, була Парламентська Асамблея. Ще у 2004 р.^{***} вона підтримала ініціативу автора цих рядків² щодо необхідності проведення загальної дискусії з питання верховенства права на основі спеціальної доповіді, за підсумками якої мала бути ухвалена відповідна резолюція.

Потреба в підготовці доповіді з наслідковим ухваленням резолюції, як це впливає з обґрунтування автора ініціативи, полягала передовсім у тім, що на той час навіть не всі органи Ради Європи, не кажучи вже про національний рівень держав-членів, послуговувались єдиною термінологією у питанні тлумачення поняття «*rule of law*». Наслідком цього почасти стало спотворення сутнього змісту як самої концепції, так і відповідного їй юридичного принципу. Відтак пропонувалось, щоб Асамблея вивчила це питання та, відповідно, вжила заходів:

«[...] у деяких документах Ради Європи [...] французькою мовою застосовано

термін «*Etat de droit*»^{****} як еквівалент щодо англійського «*rule of law*», тоді як Статут Ради Європи 1949 р. встановив щодо цього франкомовне поняття «*pre-eminence du droit*»^{*****}. [...] у деяких нових демократіях Східної Європи головне спрямування правничої думки визнає «*Etat de droit*» як «державу, засновану на принципах верховенства писаних законів» (норм писаного права) — французькою «*prééminence des lois*»^{*****}. Це викликає занепокоєння, позаяк у декотрих цих державах певні традиції тоталітарної держави усе ще присутні в теорії та у практиці. [...] Понад те — це несумісно із традиційним тлумаченням поняття «*Rule of Law*», що його здійснили Європейські інституції та Європейський Суд з прав людини, і тому, якщо переслідувати мету побудови спільної європейської правничої культури, то це належить змінити»³.

Проте, окрім зазначеного вище, все-таки головним чинником, що спонукав автора цих рядків ініціювати залучення Асамблеї до окреслення сутності Дайсієвого «*rule of law*» — але станом на початок XXI ст. — був брак комплексного і системного дослідження цього поняття в Україні. Як цілком виправдано кількома роками раніше зауважував один із найавторитетніших дослідників цієї проблематики, «*rule of law*» було «явищем практично неосмисленим»⁴. А повноцінне його «осмислення» щораз потребувало

^{***} 6 травня 2004 р. в ПАРЕ було офіційно зареєстровано ініціативу автора цих рядків щодо проекту резолюції з цього питання. Тоді вже позаду були студії та стажування автора в Інституті Макса Планка з порівняльного публічного права і міжнародного права (липень – грудень 2001 р., м. Гайдельберг, Німеччина) та у Школі права Єйльського університету (вересень 2002 р. – липень 2003 р., м. Нью-Гейвен, США), внаслідок яких було набуто знання щодо класичного значення Дайсієвої концепції «*rule of law*», що, у свою чергу, давало можливість виявляти випадки невідповідностей у теоретичному розумінні чи у практичному застосуванні цього поняття на міжнародному або національному рівнях.

² *The principle of the rule of law. Motion for a resolution presented by Mr Holovaty and others. Doc 10180. 6 May 2004.*

^{****} Узвичаєним перекладом франкомовного поняття «*Etat de droit*» на українську є термін «правова держава».

^{*****} Найімовірнішим україномовним відповідником франкомовного поняття «*pre-eminence du droit*» вважається терміносполука «верховенство права».

^{*****} Франкомовна терміносполука «*prééminence des lois*» українською означатиме «верховенство законів».

³ Doc. 10180, paras. 9, 10, 11.

⁴ Див.: Козюбра М. Принцип верховенства права у конституційному правосудді // Закон і бізнес. — 2000. — № 17. — С. 10.

вивчення зарубіжних (читай: винятково західних!) наукових і документальних джерел та юридичної практики (тієї ж таки західної). Відтак, тоді сторінками вітчизняних наукових публікацій поширились спроби окремих авторів винайти «власне» тлумачення цього явища. Як наслідок — плутанина у поняттях чи їх ототожнення («верховенство права» — «верховенство закону»), плутанина в концепціях («верховенство права» — «правова держава»), догматична відданість позитивістському вченню («верховенство права» як елемент «правової держави»). Усе це вже неодноразово було предметом полеміки на шпальтах наших правничих часописів⁵. (Згодом оця «хутірська» позиція вітчизняного вченства — за винятком написаного професором М. Козюброю — на додаток породила ще й «суто український теоретико-юридичний велосипед на квадратних колесах» у вигляді методу «поелементного аналізу», за яким зазначене явище мало би тлумачитись у механістичний спосіб: спочатку — через слово «право» як його перший «елемент», а відтак — через слово «верховенство» як його другий «елемент».) Звісно, долати (не знати що більше — невігластво чи консерватизм, де обид-

ва замішані на впертій прихильності до позитивістського догматизму) такий стан вітчизняної науки — самотужки та ще й без наукового авторитету, чи навіть солідарно із досить авторитетним професором М. Козюброю — на ті часи не віщувало успіху. Отож вирішено було йти іншим шляхом — заручитися офіційною позицією авторитетної європейської інституції, виходячи тим самим за межі того, що вітчизняні вчені подають, як їхню «правосвідомість»*****.

Асамблея в рамках існуючих процедур доручила Комітетові з юридичних питань та прав людини підготувати спеціальну доповідь на тему: «Принцип верховенства права». Доповідачем був призначений професор Е. Юргенс (*Erik Jurgens*)***** з Нідерландів. Автор доповіді чітко визначив її мету: з огляду на те, що після хвилі розширення Ради Європи внаслідок вступу до неї країн Східної і Центральної Європи — особливо тих, що раніше були складовими Радянського Союзу — стало незрозуміло, чи нові держави-члени застосовують концепцію *Rule of Law* відповідно до того, як її застосовує сама Рада Європи. Тому мету доповіді автор вбачав у тім, аби викласти в ній присутній зміст цієї концепції у такий спосіб, що

⁵ Див., зокрема: Головатий С. «Верховенство права» у розумінні українських вчених // Українське право. — 2002. — № 1. — С. 8–27; Головатий С. «Верховенство закону» *versus* «верховенство права»: філологічна помилка, професійна недбалість чи науковий догматизм? // Вісник Академії правових наук. — 2003. — № 2 (3). — С. 96–113.

***** Важливо мати на увазі, що поняття «правосвідомість» у західній науковій правничій літературі абсолютно відсутнє! Українське поняття «правосвідомість», стосовно якого написано не один десяток статей та «захищено», напевне, не менше десятка кандидатських дисертацій, будучи термінологічно калькою з російського поняття «правосознание» — промовистий приклад радянського юридико-понятійної нісенітниці, вивореної епохою «радянського права».

***** Зазвичай в Асамблеї доповідачем призначають головного ініціатора проекту резолюції, який здебільшого є першим підписантом ініціативи. На час розгляду питання в Бюро ПАРЕ автор цих рядків перебував на посаді міністра юстиції України, тому вже не був у складі національної парламентської делегації в ПАРЕ, а відтак — об'єктивно не міг стати доповідачем з цього питання. Призначення доповідачем професора Еріка Юргенса слід розглядати як значну перевагу вже через те, що він мав великий авторитет як науковець і в ПАРЕ, і в університетських колах західноєвропейських країн. Завдяки цьому Е. Юргенс тривалий час був представником ПАРЕ у Венеційській Комісії. Окрім того, будучи представником наукової школи від континентальної системи права у Європі, він особисто не приховував своїх симпатій до концепції *Rechtsstaat*. Тому його особистий внесок в опрацювання теми розуміння і тлумачення принципу «*rule of law*» набуває особливої ваги — особливо на тлі здійсненого в доповіді порівняльного аналізу трьох концепцій: англійської *Rule of Law*, французької *Etat de Droit* та німецької *Rechtsstaat*.

уможливилював би чітке, узгоджене і загалом стандартне її розуміння — незалежно від того, за допомогою яких лінгвістичних термінів її назву перекладено на інші мови відповідно до національних правничих традицій⁶.

Досить показовим у цьому стосунку було те, що в документах Ради Європи французькою мовою (однією з двох офіційних мов Ради Європи) одночасно застосовувався не один термінологічний відповідник поняття «*rule of law*»: у Статуті Ради Європи 1949 р. — «*prééminence du droit*»; у рішеннях же Європейського Суду переважно уживано так само «*prééminence du droit*», тоді як часом Суд звертається до *Etat de droit* як окремішньої концепції, пов'язуючи її з гарантіями, передбаченими ст. 6 Європейської Конвенції з прав людини. Проте навіть у цьому, другому, випадку Суд все одно дотримується концепції, в основі якої лежить поняття «*rule of law*». На думку доповідача, такий випадок засвідчує, власне, те, що «субстантивна (матеріальна) концепція *Rule of Law* — як її витлумачив Суд — не набула достатньої інкорпорації у праві національного рівня, принаймні у тих країнах, де термін, що застосовується в рамках національної юридичної традиції, побудовано на концепції, в основі якої лежить поняття «*Etat de droit*» / «*Rechtsstaat*», і цією концепцією зловживають у формальному сенсі⁷. (Особливо актуальним це твердження залишається й понині, зокрема для України, де досить популярно вести мову про «*правову державу*», не даючи, втім, собі звіту, що ні теоретичної, ні нормативної української концепції «*правової держави*», яка за своєю матеріальною сутністю була б

максимально наближеною до концепції «*Rule of Law*», так і не було вироблено. Відтак, практична значимість поняття «*правова держава*» в Україні, попри його фіксацію у ст. 1 Конституції України як юридичного принципу, є нульовою.)

Зосередившись головним чином на питанні гармонізації концепцій «*Rule of Law*» і «*prééminence du droit*» у рамках діяльності інституцій Ради Європи, доповідач зауважує, що у правничому вжитку на національному рівні у країнах континентальної Європи значно поширенішим є застосування національних відповідників німецького поняття «*Rechtsstaat*», аніж англійського «*rule of law*». (З літератури відомо, що у самій Франції науковці досить тривалий час послуговувались саме німецьким терміном *Rechtsstaat*, не перекладаючи його на французьку.) У більшості випадків створення семантичної конструкції відповідної національної концепції сталося шляхом перекладу на національні мови поняття «*Rechtsstaat*» з його наслідковими — «*estado de derecho*», «*stato di diritto*», «*rattstat*», «*правовое государство*» etc. Проте все це — приклади, які, за оцінкою доповідача, «не є точним перекладом»: «за таких перекладів можна застосувати такий національний юридичний термін, тлумачення якого не охоплює всі елементи концепції «*Rule of Law*», як їх роз'яснив Європейський Суд з прав людини і які є загальноновизнаними»⁸.

Ілюстративним у цьому аспекті може бути порівняння власне концепції «*Rule of Law*» та фрази «*социалистическое правовое государство*», яка, зрозуміло, є зразком перекладу німецького терміна «*Rechtsstaat*» на російську

⁶ Див.: The principle of the Rule of Law: Report of Committee on Legal Affairs and Human Rights. Rapporteur: Mr Erik Jurgens, Netherlands, Socialist Group. Doc. 11343, 6 July 2007, paras. 1–2.

⁷ *Ibidem*, para. 13.

⁸ *Ibidem*, para. 4.

мову в адаптації до потреб тоталітарного (комуністичного) режиму СРСР за горбачовської *перестройки*: концепція «*Rule of Law*», — як зазначено в доповіді, — постала ще з Середньовіччя на основі концепцій природних прав людини та людської гідності особи, щоб «заперечити свавільне правління і обмежити владу тих, хто її здійснює»⁹; натомість фраза «*социалистическое правовое государство*» у Радянському Союзі мала «забезпечити верховенство радянських законів» в інтересах «соціалістичної законності», де ідея прав людини цілковито відсутня¹⁰.

Власне, у цьому і полягала відправна точка доповіді загалом, про що свідчить особливе застереження доповідача такого змісту: «[...] надзвичайно важливим є те, щоб коли — як у наведеному випадку — російською застосовується термін «*правовое государство*» (переклад терміна «*Rechtsstaat*» з німецької), то при його тлумаченні не було жодного пов'язування із таким самим терміном радянської доби та із властивою радянському термінові формальною законністю, та щоб при цьому насправді було передано концепцію «*Rule of Law*» за тим змістом, що його визначила Рада Європи»¹¹. Задля досягнення останнього — розкриття змісту концепції «*Rule of Law*», як його визначила Рада Європи — доповідь містить загальну характеристику виразу «*principle of the Rule of Law*» («принцип правовладдя»), а також аналіз змісту, вкладеного у це поняття розвитком різних правничих культур з відмінними одна від одної філософськими традиціями, що представляють три головні правничі сім'ї Європи: німецьку, англій-

ську та французьку. Відповідно — представлено порівняльний аналіз змісту та застосування концепцій «*Rechtsstaat*», «*Etat de droit*» та «*Rule of Law*» на національному рівні. Відтак, цей порівняльний підхід дозволив авторові перейти від національних правничих систем до загальноєвропейського рівня, що дало авторові додаткові можливості виявити відмінності між цими концепціями — але вже з висоти регіонального рівня. Окрім того, аналіз цього питання з висоти регіонального рівня дав можливість авторові порівняти застосування і тлумачення цих трьох концепцій у рамках діяльності двох найголовніших європейських міждержавних організацій — Ради Європи та Європейського Союзу. Істотну частину цього порівняльного аналізу становить практика Європейського Суду з прав людини (Рада Європи, м. Страсбург) та Суду Справедливості Європейських Співтовариств (Європейський Союз, м. Люксембург), у рамках якої автор наводить приклади конкретних «елементів концепції «*Rule of Law*», як їх роз'яснив Європейський Суд з прав людини і які є загальноновизнаними»¹².

Як належить, за підсумками дискусії, що відбулася на основі доповіді професора Е. Юргенса в рамках засідання Постійного комітету, було ухвалено відповідну резолюцію ПАРЄ, в якій наголошувалось на необхідності здійснити ще низку заходів та подальших кроків на шляху до уніфікованого застосування принципу «*the rule of law*» («*верховенства права*» / «*правовладдя*») як загальноєвропейської цінності. Параграф 4 резолюції заслуговує на особливу увагу, оскільки без-

⁹ *Ibidem*, пара. 5.

¹⁰ *Ibidem*, пара. 10.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Див. вище виноску 8.

посередньо стосується окремої групи держав — членів Ради Європи, до яких належить і Україна. Так, у ньому зазначалось:

«Парламентська Асамблея звертає увагу на той факт, що у деяких новопосталих демократіях країн Східної Європи головний напрямок правничої думки схиляє до того, щоб поняття «rule of law» розуміли як «верховенство статутного права», російською — «*верховенство закона*». Проте термін «rule of law» має перекладатись на російську як «*верховенство права*» — точно так само як «rule of law» правильно перекладено на французьку як «*prééminence du droit*», а не як «*prééminence de la loi*». (Подібним чином слова «*Recht*» і «*droit*» у словосполученнях «*Rechtsstaat/Etat de droit*» мають перекладатись як «*право*».) Переклад «rule of law» як «*верховенство закону*» викликає велике занепокоєння, оскільки у деяких цих країнах певні традиції тоталітарної держави — як такі, що суперечать концепції «rule of law» — все ще присутні і в теорії, і в практиці. Таке формальне тлумачення понять «rule of law» та «*Etat de droit*» (як і поняття «*Rechtsstaat*») суперечить самій сутності як поняття «rule of law», так і поняття «*prééminence du droit*». Звісно, у цих випадках має місце неприйнятний брак логічної послідовності та чіткості, коли здійснюється переклад за допомогою юридичних термінів, що застосовуються у державах — членах Ради Європи»¹³.

З огляду, зокрема, на зазначене вище та на складність порушеного питання — як з теоретичної, так і з практичної точок зору, — Асамблея висловила сподівання, що воно стане предметом подальшого вивчення та опра-

цювання в рамках допомоги з боку Венеційської Комісії (параграф 6.2 резолюції). Відповідно до цього Венеційська Комісія у грудні 2007 р. взяла до уваги зазначене в резолюції ПАРЕ з цього приводу і внесла до свого порядку денного питання про підготовку спеціальної доповіді на означену тему та сформувала робочу групу з членів Комісії (див. вище).

Тим часом Комітет Міністрів Ради Європи, зі свого боку, схвалив власний документ із оглядом означеної проблематики, де подано аналіз того, як у Раді Європи розуміють поняття «*rule of law*» («*верховенство права*» / «*правовладдя*») і його ключові елементи¹⁴. Документ не був залишений поза увагою робочої групи Венеційської Комісії, що засвідчено неодноразовим посиленням «венеціанців» на нього. Низка тверджень і висновків, що містяться у ньому, видаються вкрай важливими, щоб збагнути логіку і осягнути зміст доповіді Венеційської Комісії. Для прикладу наведемо лише декотрі з них:

- «попри те, що ані Статут Ради Європи, ані Європейська Конвенція з прав людини не розкривають змісту поняття «*rule of law*» як такого, слід зазначити, що «*rule of law*» визнано як *принцип* [...] [...] «керівні начала стосовно змісту принципу «*rule of law*» можна вивести з Європейської Конвенції з прав людини, яка містить чимало положень щодо цього»¹⁵;

- «[...] «*rule of law*» є принципом, який є властивістю організації та функціонування держави; відповідно до статті 3 Статуту Ради Європи держави-члени мають визнати цей принцип; відтак очікується, що вони є дер-

¹³ Див.: Resolution 1594 (2007). The principle of the rule of law. Text adopted by the Standing Committee, acting on behalf of the Assembly, on 23 November 2007 (see Doc. 11343, report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights, rapporteur: Mr Jurgens), (para. 4).

¹⁴ Див.: The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, CM(2008)170, 21 November 2008.

¹⁵ *Ibidem*, para. 6.

жавами, побудованими на «*верховенстві права*» / «*правовладді*»¹⁶;

- «[...] хоча в рамках Ради Європи не існує жодного офіційного визначення поняття «*rule of law*» [...], насправді в рамках Ради Європи існує переконливий консенсус щодо базових вимог, які впливають із принципу «*верховенства права*» / «*правовладдя*»¹⁷;

- «німецька концепція *Rechtsstaat*, що бере початок свого розвитку від XIX століття і яку французькі вчені на початку XX століття припасували для себе як концепцію *Etat de droit*, відрізняється від концепції «*rule of law*», що стала частиною конституційної теорії у Великій Британії наприкінці XIX століття»¹⁸;

- «багатьма [...] рішеннями [Європейського Суду з прав людини] підтверджено, що «*rule of law*» («*верховенство права*» / «*правовладдя*») чітко виступає основоположним керівним принципом для застосування і тлумачення Європейської Конвенції з прав людини»¹⁹;

- «на основі практики [Європейського Суду з прав людини] можна скласти перелік вимог, що впливають із «*rule of law*» (компонентів, складових елементів чи під-принципів), які утворюють частину права Європейської Конвенції з прав людини»²⁰;

- «усі такі обумовлені Європейською Конвенцією з прав людини вимоги «*rule of law*» («*верховенства права*» / «*правовладдя*») переслідують важливу мету: запобігти сваволі та надати особі захисту від сваволі, особливо у стосунках між особою і державою»²¹.

Як бачимо, продовжуючи розпочату кількома роками раніше Парламентською Асамблеєю роботу в цій площині, Комітет Міністрів зробив свій істотний внесок у послідовне напрацювання Радою Європи власного *acquis* у питанні з'ясування сутнього значення поняття «*rule of law*» («*верховенство права*» / «*правовладдя*»). І завершальним акордом у цій справі стала схвалена Венеційською Комісією спеціальна доповідь, яка і є предметом цього короткого огляду.

Тепер, коли сам текст доповіді стає доступним українському читачеві рідною мовою, не зайвим було б окреслити ті окремі суттєві її моменти, які, на наш погляд, заслуговують на увагу під кутом зору потреб, обумовлених сучасним станом вітчизняної правничої науки, та тих, що висуваються вітчизняною юридичною практикою.

Найперше, доповідь Венеційської Комісії вигідно вирізняється з-поміж інших подібних напрацювань інституцій Ради Європи на цю тему. На відміну від Парламентської Асамблеї та Комітету Міністрів, які є статутними органами Ради Європи політичної природи, Венеційська Комісія є унікальною спеціалізованою установою Ради Європи експертного характеру за призначенням — надавати вільний від політичних оцінок експертний висновок стосовно того чи іншого питання у ділянках демократії, прав людини і конституційного права. Якщо офіційні документи Асамблеї і Комітету Міністрів (довіді, резолюції і рекомендації) та експертні висновки Венеційської Комісії (з окремих питань національного законотворення

¹⁶ *Ibidem*, para. 24.

¹⁷ *Ibidem*, para. 29.

¹⁸ *Ibidem*, para. 31.

¹⁹ *Ibidem*, para. 34.

²⁰ *Ibidem*, para. 35.

²¹ *Ibidem*, para. 59.

або чинного законодавства) скеровано, передовсім, до політичних інститутів влади держав-членів — відповідно, до парламентів та урядів (що не означає неможливість, а навпаки — істотну бажаність — застосування національними органами судової влади резолюцій ПАРЄ та рекомендацій КМ як «м'якого права» Ради Європи), то спеціальні тематичні доповіді (дослідження) Комісії — це академічний скарб для доктринальної справи кожної з національних правничих культур і авторитетне джерело знань для тлумачної діяльності в рамках судової практики, насамперед — у сфері конституційної юрисдикції. Тому спеціальну доповідь Венеційської Комісії з верховенства права автор цих рядків сприйняв ще і як своєрідний тестовий інструментарій щодо власного погляду на проблематику верховенства права загалом, а також стосовно правильності чи помилковості тих головних тверджень чи висновків, що п'ятьма роками раніше їх було викладено в авторському монографічному дослідженні²².

Погляд на доповідь, власне, під таким кутом зору дає можливість виявити наступні її особливо значущі сторони:

1. Найголовніше — сама мета доповіді: вона полягала у пошуковій загальноновизнаного чіткого розуміння поняття «верховенство права» (що становить теоретичний бік справи) із спрямованістю на максимальну практичність здобутого результату (див. параграф 3 доповіді). Отже, жодним чином не ставилось за мету вести пошук «формального визначення» поняття «верховенство права» (чи його «офіційного визначення»), що на початку

було притаманно практично всьому загалові вітчизняних науковців (а для чималого їх гурту, за винятком двох-трьох авторів, і досі є), які прямо чи опосередковано зачіпали цю тематику. Завданням доповіді було викласти теоретичні основи розуміння верховенства права, з тим щоб озброїлись конкретним інструментарієм його практичного застосування. Саме на цьому наголошувалось і при визначенні завдань комплексного і системного дослідження, викладеного у авторській монографії, коли за мету ставилось «отримати таку працю, яка виявилася б максимально практичною для повсякденного життя суспільства, [...]» — з одного боку (див. с. 59 монографії). Також доводяться, що будь-які спроби представників вітчизняної науки дати формальне визначення поняття «верховенство права» є і будуть марними та науково неспроможними²³, ще тоді автор підкреслював, що «не існує жодної потреби у формальному визначенні поняття «верховенство права» [...]» — з іншого боку (див. с. 1630 монографії).

2. Надзвичайну вагу має теза доповіді про «*Rule of Law*» як «юридичну концепцію практичного характеру» (відповідно, це стосується також і українськомовного відповідника, який у двослівному виразі — «верховенство права» — не є досконалим та істотно поступається такому однослівному варіантові, як «правовладдя»). Понад те, «*Rule of Law*» — це «основоположний і спільний європейський стандарт за змістом — скеровувати та стримувати здійснення демократичної влади» (див. параграф 69 доповіді). Такий висновок по суті є підтвердженням підсумкових тверджень українського

²² Див.: Головатий С. Верховенство права : моногр. : у 3 кн. — К., 2006. — LXIV; 1747 с.

²³ Див.: Головатий С. П. Верховенство права : ідея, доктрина, принцип : автореф. ... д-ра юрид. наук. — К., 2008. — С. 37.

дослідження про те, що «*rule of law*» як *правовладдя* — це «заперечення свавільної влади людини взагалі, чи — однієї, чи гурту, чи — одного з політичних органів (скажімо, диктатура парламентської більшості) тощо» (див. с. 1664 монографії) та що *правовладдя* «категорично й однозначно заперечує будь-який прояв свавільного й егоїстичного людиновладдя» (див. с. 1665 монографії).

3. Як «основоположний і спільний європейський стандарт», призначення якого полягає в тім, щоб «скеровувати та стримувати здійснення демократичної влади», верховенство права у своєму практичному юридичному вимірі наразі — це *важливий принцип*, що складається з низки обов'язкових *стрижневих елементів* (див. параграф 70 доповіді). На основі досягнутого нині *консенсусу* доповідь наводить принаймні шість таких стрижневих елементів, стисло розкриваючи їх зміст: 1) законність; 2) юридична визначеність; 3) заборона свавілля; 4) доступ до правосуддя; 5) дотримання прав людини; 6) заборона дискримінації та рівність перед законом. У монографічному дослідженні обстоювався висновок про те, що найбільша цінність принципу верховенства права полягає саме в його «незрівнянній універсальності», завдяки чому його «слід сприймати не просто, як універсальний принцип права, а як інтегральний», як «мегапринцип». Як «мегапринцип» він у перебігу еволюції, окрім закладених первісно ще в ХІХ ст. А. Дайсі принципу *nullum crimen sine lege* (що є першою рисою Дайсієвої доктрини) та принципу *рівності всіх перед законом* (що є її другою рисою), надалі увібрав у себе інші універсальні принципи, що постають як «його складники», серед яких було зазначено такі: принцип *законності*;

принцип *поділу влади*; принцип *народного суверенітету*; принцип *народного суверенітету*; принцип *демократії*; принцип *основоположних прав і свобод людини*; принцип *nulls poena sine lege*; принцип *юридичної визначеності* тощо (див. с. 1629–1630 монографії).

4. Важливими також є наведені в доповіді тези про те, що «*верховенство права є концепцією, властивою всім статтям* [Європейської] *Конвенції* [з прав людини]» та про те, що підсумок практики Європейського Суду з прав людини засвідчив застосування Судом поняття верховенства права як «*формальним підходом*» — коли для обґрунтування Судом рішень застосовується принцип законності, так і шляхом «надання цьому поняттю також і *субстантивної (матеріальної) сутності*» — коли Суд, тлумачачи окремі статті Конвенції, розвиває зміст принципів поділу влади, рівності перед законом або ж коли він розвиває зміст різних аспектів справедливої процедури чи юридичної визначеності у їх процесуальному значенні (див. параграф 23 доповіді). Наведені тези доповіді є цілком суголосними змістові розлогого аналізу практики Суду щодо цього питання та зробленим на його основі висновкам, що наведено в окремому розділі авторської монографії (див. розділ 7 глави ХІІІ книги другої, с. 1169–1221). Завдяки цьому аналізу вдалося виявити, що ще станом на перші роки ХХІ ст. Суд витлумачив поняття «верховенство права» у таких його різноманітних аспектах: 1) у контексті «європейського публічного порядку» (стосовно статей 8, 9, 10, 11 Конвенції); 2) у його прояві як «гарантований доступ до суду» (стосовно ст. 6 Конвенції); 3) у його прояві через поняття «авторитет і безсторонність суду» (стосовно п. 2 ст. 10 Конвенції); 4) в аспекті «виконання судового

рішення» (стосовно ст. 6 Конвенції); 5) у контексті «принципу законності» (стосовно статей 8, 9, 10, 11 Конвенції); 6) як вимоги щодо «якості закону» загалом; 7) як вимоги судового контролю за втручанням виконавчої влади у право особи на свободу (стосовно статей 5, 13 Конвенції); 8) як прямої антитези «свавілля» (стосовно статей 5, 8, 9, 11, 13 Конвенції); 9) як гарантії «принципу поділу влади» (стосовно ст. 6 Конвенції); 10) як гарантії, що застосовується у кримінальному судочинстві (стосовно статей 6, 7, 15 Конвенції); 11) у контексті вимог щодо розслідувань кримінальних правопорушень; 12) як гарантії заборони катування (стосовно ст. 3 Конвенції); 13) у контексті «принципу рівності перед законом»; 14) у контексті адміністративного судочинства (стосовно статей 6, 13); 15) у контексті «свободи преси»; 16) у контексті «принципу юридичної визначеності» (стосовно ст. 6); 17) як «основоположного принципу демократичного суспільства, що властивий усім статтям Конвенції». Здійснений ще тоді аналіз практики Суду в цьому питанні дав можливість дійти одного з найважливіших висновків про те, що Суд ніколи не ставив перед собою завдання дати формальне визначення поняттю «верховенство права», що ще раз доводить: будь-яка спроба дати таке визначення є не тільки марною, а й досить небезпечною справою. Такий практичний результат діяльності Суду слід сприймати не як недолік, а як перевагу — не тільки з погляду самого розуміння сутності цього поняття, а й з погляду потреб та можливостей його практичного застосування і утвердження як в окремому суспільстві, так і в рамках європейської спільноти загалом (див. загальні висновки аналізу на с. 1215–1221 монографії).

5. Критично важливими — як для вітчизняної науки права, так і для національної юридичної практики — є кілька тез документа стосовно історичних витоків поняття «верховенство права» (див. параграфи 7–12 доповіді). Без ґрунтовного осягнення цих витоків наша наука й надалі тупцюватиме на місці або ж продовжуватиме просуватися хибним шляхом, висуваючи все нові й нові варіанти «власного тлумачення» цього поняття, тоді як існує загальновизнане його класичне розуміння і сприйняття. Так само і вітчизняна юридична практика ніколи не досягне своєї довершеності та ефективності, допоки кожен адвокат, суддя, обвинувач чи слідчий не матиме ґрунтовних знань щодо класичної Дайсієвої концепції «*правовладдя*». Адже, як зазначено в доповіді, «сучасне розуміння поняття «*верховенство права*» запровадив, зокрема, британський правник-конституціоналіст, професор А. Дайсі у своїй праці «*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*» (1885)». Відтак, оволодіння знаннями у сфері творчої спадщини А. Дайсі кожним, хто творить українську науку, і тими, чий посадовий обов'язок полягає в утвердженні верховенства права в Україні — це *conditio sine qua non* належного рівня «сучасного розуміння» цього поняття. Лише за цієї умови можна знайти усі ключі до розкриття глибинної сутності та до всього розмаїття проявів короткої тези доповіді про те, що «*предметом верховенства права є здійснення влади і стосунки між особою та державою*» (див. параграф 16 доповіді). Не видається можливим, щоб у подальшому навчання студентів на правничих факультетах українських університетів здійснювалося без глибокого вивчення відомого класичного твору А. Дайсі, а також — щоб

українські судді здійснювали правосуддя, не отримавши знань стосовно «сучасного розуміння» поняття «верховенство права», в основу якого покладено класичну Дайсієву концепцію. Без усього цього розвиток української правничої науки та практичне утвердження верховенства права в Україні — приречені. Саме тому та беручи до уваги факт, що вказана праця А. Дайсі є недоступною (фізично і через мовний бар'єр) для тих, кому її слід вивчати і застосовувати, автором монографічного дослідження був запропонований її ретельний виклад українською мовою (див. с. 537–623 монографії) із застереженням щодо цілковитої непридатності для потреб юридичної науки і практики (див. с. 617–619 монографії) перекладу, здійсненого російською мовою ще 1907 р.²⁴

6. Принципово важливими (особливо для вітчизняної науки) видаються тези доповіді стосовно історичних витоків двох інших споріднених концепцій — німецької *Rechtsstaat* та французької *Etat de droit*. Усього кількох наведених тут фраз є достатньо, щоб побачити, в чому полягає суттєва відмінність між цими двома концепціями — з одного боку, та концепцією *Rule of Law* — з іншого. Так, у доповіді зазначено, що концепція *Rechtsstaat* — уже за своєю назвою — «зосереджується набагато більше на природі держави» (див. параграф 13 доповіді), а концепція *Etat de droit*, будучи продовженням позитивістської концепції *Etat legal*, «розглядає саму державу як гаранта основоположних прав, що закріплені в Конституції» (див. параграф 14 доповіді). У цій частині тези доповіді є істотною мірою

суголосними з низкою висновків, що їх було наведено у монографічному дослідженні, зокрема — на відміну від понять «*Rechtsstaat*» та «*Etat de droit*», поняття «*rule of law*» не має прямого стосунку до поняття держави: слово «держави» відсутнє у словосполученні «*rule of law*» (див. на с. 1617 монографії); за компонентною побудовою та концептуальною сутністю поняття «*Etat de droit*» належить до самої ідеї держави (як це притаманно й тому оригінальному поняттю «*Rechtsstaat*», з якого «*Etat de droit*», власне, й було запозичено як його французький відповідник) (див. с. 1613 монографії); поєднання двох слів — *Recht* та *Staat* (або — *Etat* та *droit*) відсутнє в англійському понятті «*rule of law*», і тому континентальні фахівці права у своїй професійній діяльності затиснуті в рамки обох концепцій — і держави, і права, тоді як англійські фахівці виконують свою працю, взагалі не маючи нічого до діла з поняттями держави та права (див. с. 1619 монографії); навіть у сучасній доктрині *Etat de droit* присутні явні ознаки теорії, властивої для юридичного позитивізму (див. с. 1617 монографії). Наведене вище є важливим для того, щоб визнати хибність та неприйнятність одного з найпоширеніших в українському науковому середовищі підходів сприймати і тлумачити верховенство права всього-навсього, як «частку» буцім «об'ємнішого» — поняття «правна держава». Саме такого підходу дотримується чималий гурт вітчизняних науковців, стверджуючи, що верховенство права — це «елемент», або ж «частина характеристики», чи «важливий» (чи то «провідний», «основоположний», «пріоритетний», «засадничий», «наріжний»)

²⁴ Дайсі А. В. Основы государственного права Англии : введение въ изучение английской конституции / переводъ, дополненный по 6-му английскому изданію О. В. Полторацкой / подъ редакціей проф. П. Г. Виноградова. — Изданіе второе. — Москва, 1907. — 671 с.

принцип *правної держави*. З цього приводу доводилося особливо наголошувати на тому, що *верховенство права* (і як доктрина, і як принцип) та поняття «*правна держава*» ніколи не були і не є структурно взаємопов'язаними. Історично так склалося, що обидві ці ідеї, обидві концепції, обидві доктрини й обидва відповідні принципи — з одного боку, *верховенство права* (як *Rule of Law*), і, з іншого боку, *правна держава* (як *Rechtsstaat*, *Etat de droit* etc.) — зароджувалися, розвивалися і збагачувалися за змістом не як «частини одного цілого», а як цілком самостійні явища (див. с. 1400–1401 монографії). І вони (як ідеї, концепції, доктрини, принципи) за своєю природою і суттю є відмінними правовими культурами й системами (див. с. 803–886 монографії). Відтак, сказане вище вкотре пропонується сприйняти як стартовий майданчик для переосмислення доцільності одночасного перебування в Конституції України обох понять — «*правова держава*» (ст. 1) та «*принцип верховенства права*» (ст. 8) — на користь останнього.

7. Узагальнено ваговитість доповіді, поза всяким сумнівом, можна вбачати в тім, що така найавторитетніша в ділянці конституційного права європейська експертна установа, якою визнано Венеційську Комісію, тут довела: ані доктрина права, ані документи різноманітних міжнародних організацій регіонального чи універсального рівнів, ані позитивне право національного чи міжнародного рівнів «*не визначають поняття «верховенство права» докладно*» (див., зокрема, параграф 68 доповіді). Мову слід вести лише про «*загальноновизнане чітке розуміння верховенства права*», яке наразі вже є можливим завдяки тому, що «*досі існує консенсус щодо ключово-*

го значення верховенства права та щодо елементів, ним охоплених» (див. параграф 35 доповіді). Отже, слід сприйняти практично за аксіому: будь-які спроби вітчизняних науковців дати «*формальне визначення*» і надалі будуть приречені. Тож, натомість треба опанувати той предмет, що постає як корпус «*істотних елементів верховенства права*» (див. параграф 35 доповіді), чи ж — його «*інгредієнтів*» (див. параграф 37 доповіді), або ж — його «*обов'язкових елементів*» (див. параграф 41 доповіді), чи ж — його «*стрижневих елементів*» (див. параграф 70 доповіді). Саме *елементи* (як би їх не назвали — «*істотні*», «*обов'язкові*», «*стрижневі*», «*ключові*») є тим, що наповнює поняття «*верховенство права*» сутністю *правовладдя* і уможливорює його повноцінне теоретичне осягнення та дієве практичне застосування. Власне, до цього й зводився головний висновок монографічного дослідження, коли було запропоновано поняття «*верховенство права*» розуміти як «*термін, придатний для передавання в узагальненому вигляді поєднання ідеалів і досягнутого на практиці юридичного досвіду стосовно принципів, інститутів, механізмів і процедур, які є істотно важливими для захисту особи від свавільної влади держави і які надають особі можливість володіти людською гідністю*» (див. с. 1630 монографії).

І на завершення.

Порушеного нижче питання доповідь Венеційської Комісії прямо не зачіпає. Але воно обумовлене цією доповіддю. Так, в одній з останніх публікацій на тему верховенства права на сторінках часопису «*Право України*» при спробі витлумачити співвідношення принципу верховенства права та Конституції України в рамках коментаря до ст. 8 українського осно-

воположного акта було заявлено, що «юридична сила принципу верховенства права не може бути вищою, ніж Конституції України»²⁵. Таке твердження є по суті запереченням самої ідеї верховенства права (*правовладдя*), воно протилежне змістові власне принципу верховенства права (*правовладдя*) та суперечить логіці й спрямуванню доповіді Венеційської Комісії. Адже Конституція України 1996 р. належить до системи актів національного права, оформленої як сукупність офіційних документів, виданих органами державної влади та створених народом як безпосереднім носієм влади. Навіть будучи наслідком здійснення українським народом своєї установчої влади, Конституція України усе ж лишається актом позитивного права. Тоді як *верховенство права* у будь-якій своїй іпостасі (чи як ідея, чи як концепція, чи як юридичний принцип/мегапринцип) — це вислід *доктрини природного права*. Доктрина природного права обумовлює: позитивне право, оформлене як юридичні норми, які містяться в різноманітних офіційних актах, не становлять того, що визначає сутність верховенства права як такого. Це позитивне право може лише засвідчити або ж наявність якихось елементів (ознак) верховенства права як явища в рамках національної політичної чи юридичної системи, або ж їхню відсутність. Відтак, юридичні норми ч. 2 ст. 8 Конституції засвідчують, що українській юридичній системі властива одна з найважливіших ознак верховенства права — закріпленний в акті позитивного права принцип *конституційної законності* як принцип ієрархії юридичних норм. Цей

принцип якраз є *складовою* принципу *верховенства права*, а не стоїть над ним. І як складова принципу верховенства права норми ч. 2 ст. 8 Конституції скеровано на забезпечення узгодженого характеру всієї юридичної системи, що є надто важливим для ситуації, коли правопорядок наповнюють також і норми, які не завжди узгоджуються поміж собою, тобто суперечать одна одній²⁶. Брак узгодженого характеру юридичної системи у частині співіснування суперечливих норм різного ієрархічного рівня (як і в ситуаціях, за яких має місце співіснування суперечливих норм одного ієрархічного рівня) спричиняє брак іншого важливого («істотного», «обов'язкового», «стрижневого», «ключового») елементу верховенства права, яким у цьому випадку є вимога *юридичної визначеності*. Отже, методологічно помилковою є спроба тлумачити співвідношення принципу верховенства права та Конституції України шляхом аналізу ч. 1 ст. 8 Конституції та першого речення ч. 2 ст. 8, як двох рівнозначних норм позитивного права. Адже обидва речення ч. 2 ст. 8 — це положення, які розвивають зміст формули ч. 1 цієї статті, засвідчуючи, що і сама Конституція України — як акт позитивного права — підпорядкована принципіві верховенства права. Підпорядкованість Конституції України принципіві верховенства права обумовлена, передовсім, природою та призначенням цього документа як акта установчої влади народу. Адже цей акт, як і вимагається відповідно до його призначення, містить норми стосовно каталогу прав людини і основоположних свобод, стосовно повнова-

²⁵ Див.: Шевчук С. В. Принцип верховенства права та найвища юридична сила Конституції України // Право України. — 2011. — № 5. — С. 185.

²⁶ Докладніше про це див.: Головатий С. Тріада європейських цінностей — верховенство права, демократія, права людини — як основа українського конституційного ладу // Право України. — 2011. — № 5. — С. 168–169.

жень та порядку формування і функціонування органів державної влади, стосовно інститутів захисту прав людини, а також механізмів і процедур, що вимагаються верховенством права для того, аби запобігти зловживанням владою та протидіяти владному свавіллю. Тільки за такого розуміння співвідношення верховен-

ства права і національної конституції стає досяжною головна мета, поставлена тривалим практичним досвідом перед верховенством права як *основоположним і спільним європейським стандартом* — «скеровувати і стримувати здійснення демократичної влади» (див. параграф 69 доповіді).



Страсбург, 4 квітня 2011 року
Доповідь № 512/2009

CDL-AD(2011)003rev
Ориг. англ. *

**ЄВРОПЕЙСЬКА КОМІСІЯ «ЗА ДЕМОКРАТІЮ ЧЕРЕЗ ПРАВО»
(ВЕНЕЦІЙСЬКА КОМІСІЯ)**

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА

Доповідь, схвалена Венеційською Комісією
на 86-му пленарному засіданні
(Венеція, 25–26 березня 2011 року),

на основі коментарів, що їх надали:

пан Пітер Ван ДАЙК (член Комісії, Нідерланди)
пані Грет ГАЛЛЕР (член Комісії, Швейцарія)
пан Джефрі ДЖОУЕЛ (член Комісії, Велика Британія)
пан Каарло ТУОРИ (член Комісії, Фінляндія)

* Переклад на українську мову С. Головатого (за підтримки Американської агенції з міжнародного розвитку/USAID).

I. Вступ

1. Поняття «верховенство права» («*Rule of Law*») сукупно з поняттями «демократія» та «права людини»¹ — це три підвалини, на яких була заснована Рада Європи. У подальшому це поняття знайшло своє схвалення у преамбулі Європейської Конвенції з прав людини.

2. Воно також закріплено у низці міжнародних документів щодо прав людини та в інших документах, що містять визначені стандарти.

3. Передумовою цієї доповіді виступає Резолюція 1594 (2007) Парламентської Асамблеї Ради Європи («Принцип верховенства права») (див., зокрема, пункт 6.2 стосовно Венеційської Комісії). Метою доповіді є виклад загальнови-знаного чіткого розуміння поняття «верховенство права», завдяки чому міжнародні організації, а також національні та міжнародні суди могли б тлумачити і застосовувати цю фундаментальну цінність. Саме тому характер розуміння цього поняття має бути таким, що уможлиблював би його практичне застосування.

4. Від самого початку важливо зазначити, що, попри термінологічну схожість, поняття «верховенство права» («*Rule of Law*») не завжди є синонімом понять «*Rechtsstaat*», «*Estado de Direito*» або «*Etat de droit*» (чи терміна «*prééminence de droit*», який застосовує Рада Європи). Не виступає воно і синонімом ані російського поняття «*верховенство закона*», ані російського терміна «*правовое государство*»².

5. Ця доповідь спрямована на те, аби мінімізувати розбіжності, що існують між згаданими вище поняттями, особливо це стосується понять «*Rule of Law*» («верховенство права»), «*Rechtsstaat*» та «*Etat de droit*»³.

6. Цю доповідь було схвалено на 86-му пленарному засіданні Венеційської Комісії (25–26 березня 2011 р.).

II. Історичні витоки понять «*Rule of Law*», «*Etat de droit*» та «*Rechtsstaat*»

7. Властивості, втілені у понятті «верховенство права», були предметом дискусій упродовж багатьох століть, починаючи від античних часів. Платон зазначав: «Закон є хазяїном уряду, а уряд є його рабом»⁴. Сучасне розуміння поняття «верховенство права» запровадив, зокрема, британський правник-конституціоналіст, професор А. В. Дайсі у своїй праці «*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*» (1885)⁵.

8. Дайсі вважав, що існує два принципи, властивих британській конституції. Перший, основний принцип — це суверенітет (верховенство) парламенту (в такий спосіб було закріплено поняття представницької влади як основної характеристики демократичної держави). Другим принципом, який стримував перший (але в контексті Об'єднаного Королівства не міг переважати над першим), було верховенство права.

¹ Статут Ради Європи (ETS No. 001), зокрема його преамбула та ст. 3.

² Hiroshi Oda, «The Emergence of Pravovoe Gosudarstvo (Rechtsstaat) in Russia» 25 *Review of Central and East European Law* 1999 No. 3, 373.

³ Стосовно різниці між поняттями «*Rechtsstaat*», «*Rule of Law*» та «*Etat de droit*» та їхніми витоками див.: M. Loughlin, *Foundations of Public Law* (2010), chap. 11.

⁴ Plato, *Laws*, Book IV, 715 d; *Complete Works*, Cooper, John et al., Hackett Publishing Company Inc., 1997, Indiana, p. 1402. Стосовно витоків поняття «верховенство права» в античні часи див.: M. Loughlin, *Swords and Scales* (2000), chap. 5; B. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics and Theory* (2004), chap. 1.

⁵ 10-та редакція, 1959. Вступ E.C.S.Wade, London, MacMillan, chap. 4.

9. Таким чином, Дайсі вбачав у верховенстві права стримуючий фактор (але не остаточний контроль) та противагу теоретично безмежній владі (у британському контексті) держави над особою. Для нього принцип верховенства права став результатом звичаєвого (твореного суддями протягом багатьох років) права (яке було не обов'язково кодифікувати у будь-якій писаній конституції). Для Дайсі верховенство права мало три стрижневі риси. Перша: «Жодна людина не може зазнавати покарання, окрім як у випадку явного порушення закону», який повинен забезпечувати визначеність та передбачуваність, щоб ним могли керуватись громадяни при вчиненні дій чи веденні справ, і який не повинен дозволяти карати особу ретроспективно. Дайсі вважав, що «там, де має місце дискреція, є простір для свавільності». Друга риса: «Жодна людина не перебуває понад законом» та «усі суспільні класи є загальнопідпорядкованими єдиним приписам права». Третя риса: верховенство права повинно впливати не із писаної конституції, а із «звичаєвого (вितвореного суддями) права».

10. Третя риса верховенства права, визначена Дайсі, не може вціліти в сучасному суспільстві, і хоча перша (законність та визначеність) і друга риси (рівність перед законом) є осердям концепції, точка зору Дайсі на юридичну визначеність не була загалом сприйнята через те, що він вважав: дискреційні повноваження влади неодмінно призведуть до «свавільного» використання влади⁶.

11. У першій половині ХХ ст. верховенство права стало надзвичайно спірною концепцією тому, що архітектори «держави загального добробуту» тлумачили Дайсієве заперечення дискреційних повноважень влади, як заперечення ним державного втручання. В умовах суспільства, що стає все складнішим, дискреція розглядається як необхідний чинник прийняття рішень.

12. Від середини ХХ ст. досягнуто порозуміння між концепцією верховенства права та питанням дискреційних повноважень. Дискрецію як таку було сприйнято. Проте її слід обмежувати буквою та метою закону, яким повноваження надаються, а так само іншими елементами верховенства права, приміром, шляхом забезпечення кожному доступу до справедливих процедур у безсторонньому та незалежному суді та шляхом застосування закону послідовно і однаково до всіх і у спосіб, позбавлений свавільності та не позбавлений здорового глузду.

13. Концепція «*Rechtsstaat*» зосереджується, за своєю назвою, набагато більше на природі держави. Тоді як «*the rule of law*» («верховенство права») за своїм походженням є наслідком судових рішень, «*Rechtsstaat*» («правна держава») походить з писаних конституцій⁷. Головним теоретиком цього поняття був Роберт фон Моль (1831). «*Rechtsstaat*» окреслювалося як заперечення абсолютистської держави, для якої характерним було надання виконавчій владі необмежених повноважень. Захист від абсолютизму мав забезпечуватися радше законодавчою владою, аніж лише судами.

14. Французький підхід проглядається у Декларації прав людини і громадянина 1789 р. Поняття «*Etat de droit*» (на продовження позитивістської концепції

⁶ З цього питання див.: Jeffrey Jowell, «The Rule of Law and its Underlying Values», in *The Changing Constitution*, edited by Jeffrey Jowell and Dawn Oliver, 7th edition, Oxford University Press 2011; Kaarlo Tuori, *The Rule of Law and the Rechtsstaat*, in *Ratio and Voluntas*, Ashgate 2011, chap. 7, pp. 8 ff; Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union*, Uppsala: Iustus Förlag 2007, pp. 61 ff.

⁷ Див.: Erik O. Wennerström, *Op. cit.*, p. 50.

«*Etat legal*») менше наголошує на природі держави, розглядаючи саму державу як гаранта основоположних прав, що закріплені в конституції, а не визначені законодавцем. Розвинуте на початку ХХ ст. Каре де Мальбергом поняття «*Etat de droit*» («правна держава») включає конституційний (у судовому порядку) нагляд за звичайним законодавством⁸.

15. Поняття «*the rule of law*» («верховенство права») тлумачили різноманітно. Але його слід відрізнити від суто формальної концепції, відповідно до якої будь-яка дія державного посадовця, на яку його уповноважено законом, має відповідати вимогам закону. З плином часу сутність верховенства права в деяких країнах було спотворено настільки, що воно подавалось або як еквівалент «верховенства закону» чи «владарювання за законом», або ж навіть «права як сукупності норм». За таких тлумачень уможливлювались авторитарні дії з боку влади, і такі тлумачення не відображають сучасної сутності верховенства права⁹.

16. У тому значенні, в якому його слід розуміти, «*the rule of law*» («верховенство права») є невід'ємною частиною будь-якого демократичного суспільства. В рамках цього поняття вимагається, щоб усі, хто наділений повноваженнями ухвалювати рішення, ставилися до кожного з виявом поваги, на основі рівності та розумності й відповідно до закону, і щоб кожен мав можливість оскаржити незаконність рішень у незалежному та безсторонньому суді, де кожен має бути забезпечений справедливими процедурами. Отже, предметом верховенства права є здійснення влади і стосунки між особою та державою. Втім, важливо визнати, що останнім часом внаслідок глобалізації та дерегуляції з'явилися «гравці» міжнародного і транснаціонального рівнів, а також «гравці» приватного і змішаного типу, які мають великий вплив на інститути державної влади та на приватний сектор. Далі, у розділі V цієї доповіді («Нові виклики»), коротко йтиметься про те, чи слід поняття «верховенство права» розширити, щоб охопити ним також сферу стримування зазначених вище «гравців» нарівні зі сферою стримування традиційних інститутів публічної влади на державному рівні.

III. Верховенство права у позитивному праві

а. Міжнародне право

17. Концепція «*the rule of law*» («верховенство права») присутня як на національному, так і на міжнародному рівнях¹⁰. Найважливішими документами у цьому аспекті є міжнародні договори. У цьому розділі йтиметься спочатку (а) про документи, опрацьовані міжнародними та наднаціональними організаціями, а відтак — (б) про приклади з національного права.

18. У документах *Ради Європи* найважливіші посилення на верховенство права містяться у:

- преамбулі Статуту Ради Європи, яка наголошує на «відданості» держав-членів «духовним та моральним цінностям, що є спільною спадщиною їхніх народів та справжнім джерелом свободи особи, політичної свободи і верховенства права — принципів, що становлять підвалини кожної правдивої демократії»;

⁸ Див., зокрема: Erik O. Wennerström, *Op. cit.*, pp. 73 ff.

⁹ Див. працю С. Головатого з верховенства права у трьох книгах: *Верховенство права*. Київ, Видавництво «Фенікс» (2006) LXIV, 1747 (Книга 1: Верховенство права: від ідеї до доктрини; Книга 2: Верховенство права: від доктрини до принципу; Книга 3: Верховенство права: український досвід).

¹⁰ Див.: R. McCorquodale, ed. *The Rule of Law in International and Comparative Context*, British Inst of International and Comparative Law (2010).

• преамбулі Європейської Конвенції з прав людини, в якій зазначається, що «уряди європейських країн... є одностайними і мають спільну спадщину політичних традицій, ідеалів, свободи та верховенства права».

19. В обох випадках вираз «*rule of law*» («верховенство права») був перекладений французькою як «*prééminence de droit*» («верховенство права»), а не «*Etat de droit*» («правна держава»).

20. Однак тексти цих документів не містять визначення ані поняття «*the rule of law*» («верховенства права»), ані понять «*Rechtsstaat*» («правна держава») чи «*Etat de droit*» («правна держава»).

21. Наприклад, порушуючи питання про «верховенство права як частину серцевинної місії Ради Європи», Комітет Міністрів *Ради Європи* вдався до цитування низки документів, у яких йшлося про цю концепцію, але він водночас і зазначив, що «поданий вище огляд [цих документів] не є достатнім, щоб скласти перелік ключових вимог верховенства права, загально визнаних Радою Європи, не кажучи вже про його визначення»¹¹. З огляду на це у документі зазначено, що «[Рада Європи] працює ретельно день у день задля утвердження верховенства права у державах-членах та поміж ними». Однак видається, що така практична спрямованість та реагування на вимогу дня таки торують шлях до досягнення консенсусу щодо того, що особливими вимогами «верховенства права» виступають, зокрема: заборона свавілля, право на доступ до судів для захисту прав незалежними суддями, юридична визначеність і рівність усіх перед законом¹².

22. Не висвітлює сутності цього принципу і Резолюція 1594 (2007) «Принцип верховенства права», ухвалена Парламентською Асамблеєю Ради Європи 23 листопада 2007 р.

23. Більше можна почерпнути із судової практики Європейського Суду з прав людини. Суд вважає, що верховенство права є концепцією, властивою усім статтям Конвенції (і застосовує не лише поняття «*prééminence de droit*», але також і «*Etat de droit*» французькою)¹³. Судова практика Європейського Суду з прав людини, підсумована у вже згаданому звіті, розробленому в рамках головування Швеції у Комітеті Міністрів (СМ(2008)170), застосовує поняття верховенства права до багатьох питань за досить формальним підходом, починаючи від принципу законності у вузькому сенсі, проте розвиваючи різні аспекти (процесуального характеру) щодо справедливої процедури і юридичної визначеності, а також поділу влади (включно з судовою) та рівності перед законом¹⁴. У справі *Golder v. UK (1975)* 1 EHRR 524 Суд зазначив: «Навряд чи можна досягнути верховенства права за відсутності можливості мати доступ до суду» (параграф 34). Див. також справу *Philis v. Greece (1991)* (параграф 59). Однак посилення Суду на верховенство права як на те, що є властивим усім статтям Конвенції, надає цьому поняттю також і субстантивної (матеріальної) сутності¹⁵.

¹¹ Див.: The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, СМ(2008)170, 21 November 2008, para. 22.

¹² *Ibid.*, paras. 29–30. Див. також: G. Palombella and N. Walker. Relocating the Rule of Law. — Hart Publishing, 2009.

¹³ ECtHR, Case of *Stafford v. United Kingdom*, 28 May 2002, para. 63.

¹⁴ Що стосується формули «accordance to the law» («відповідність закону»), Суд загалом вимагає лише того, щоб владна дія держави спиралася на юридичну норму. Проте Суд почав наголошувати на тому, що між демократією та верховенством права існує зв'язок, який вимагає, щоб певні дискреційні повноваження держави щодо обмеження прав людини були визначені законом. Стосовно контролю в цьому аспекті див.: Case of *Jordachi and Others v. Moldova*, 10 February 2009.

¹⁵ Див. виклад численного переліку справ, де Суд застосовує поняття «верховенство права», у праці С. Головатого (див. зазначену вище виноску 9) на с. 1169–1214. Див. також авторське резюме аналізу цих справ на с. 1215–1220.

24. У рамках *Організації Об'єднаних Націй* поняття «верховенство права», що було включене до преамбули Загальної декларації прав людини (1948), застосовується для впровадження низки принципів, що мають властивість змінюватися залежно від того чи іншого контексту. Порівняння двох доповідей, підготовлених за короткий проміжок часу (2002–2004 рр.), демонструє цю різноманітність підходів: у першій наголошується, приміром, на таких елементах, як незалежна судова система, незалежні установи захисту прав людини, визначені та обмежені повноваження влади, справедливі та прозорі вибори; тоді як у другій увагу сконцентровано (у більш класичний спосіб) на таких елементах, як якість законодавства, ієрархічна вищість закону, рівність перед законом, відповідальність перед законом, юридична визначеність, процесуальна та судова прозорість, уникнення свавілля, поділ влади та ін.¹⁶ Резолюція Комісії ООН з прав людини (2005) наголошує на таких елементах, як: поділ влади, ієрархічної вищості закону та рівного захисту в рамках закону¹⁷.

25. Широкий зміст у поняття «верховенство права» було вкладено колишнім Генеральним секретарем ООН Кофі Аннаном. У своїй доповіді 2004 р. він зазначає: «Поняття «верховенство права» [...] має стосунок до принципу врядування, за якого всі люди, інститути та установи, юридичні та фізичні особи, включаючи саму державу, відповідальні перед законами, які в суспільстві є оприлюдненими, застосовуються однаково до всіх і на основі яких здійснюється незалежне судочинство, та які відповідають міжнародним нормам і стандартам у ділянці прав людини. Воно [поняття «верховенство права»] вимагає також заходів на забезпечення дотримання принципів ієрархічної вищості закону, рівності перед законом, відповідальності перед законом, справедливого застосування закону, поділу влади, участі у прийнятті рішень, юридичної визначеності, уникнення свавілля та процесуальної і судової прозорості»¹⁸.

26. З-поміж регіональних організацій, відмінних від Ради Європи, варто згадати, зокрема, ОБСЄ. Головні елементи доктрини цієї організації у сфері верховенства права були підсумовані у документі ОБСЄ «Зобов'язання стосовно верховенства права»¹⁹. Відповідно до Копенгагенського документа (1990) «верховенство права не зводиться лише до формальної законності, яка забезпечує правильність та узгодженість процесу творення і впровадження в життя демократичного ладу, а означає також і справедливість, засновану на визнанні та повному сприйнятті людської особи як найвищої цінності та яку гарантовано інститутами, що забезпечують рамки для її якнайповнішого вираження» (2). «Демократія є невід'ємним елементом верховенства права» (3). Документ ОБСЄ щодо зобов'язань стосовно верховенства права наводить різні види зобов'язань країн-членів у сферах незалежності судівництва і адвокатської діяльності, безсторонньої діяльності судів, а також у сфері судового адміністрування. Ухвалене у Гельсінкі Рішення Ради Міністрів № 7/08 про «Подальше зміцнення верховенства права на просторі ОБСЄ» заохочує країни-учасниці зміцнювати верховенство права, з-поміж іншого, у таких сферах, як: незалежність

¹⁶ Див.: Wennerström, *Op. cit.*, pp. 23 ff; див. документи Секретаріату ООН: A/57/275 та S/2004/616.

¹⁷ Див.: HR Res. 2005/32 *Democracy and the rule of law*.

¹⁸ Див.: The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies. Report of the Secretary-General, *Doc. S/2004/616, August 2004 (para. 6)*.

¹⁹ Див.: *OSCE Commitments relating to the rule of law*. http://www.osce.org/documents/odihr/2009/01/36062_en.pdf.

судівництва; ефективне судове адміністрування; право на справедливий суд; доступ до суду; підзвітність державних органів та посадових осіб; дотримання верховенства права у сфері адміністративної діяльності; право на юридичну допомогу та повага прав людини стосовно осіб, що перебувають під вартою; запобігання катуванням чи жорстокому, нелюдському або такому, що принижує людську гідність, поводженню чи покаранню; підвищення обізнаності та освіченості щодо верховенства права для спеціалістів-юристів та громадськості; дотримання стандартів і практики верховенства права в системі кримінальної юстиції; боротьба з корупцією.

27. *ОЕСР* також спробувала досягти чіткості, зазначивши, що «верховенство права складається з таких окремих основоположних елементів, які мають прогресувати разом: [1] наявність основних правил та цінностей, які люди спільно визнають та яким вони згодні себе підпорядкувати (конституціоналізм). Це стосується однаково як неписаної, так і писаної конституції. [2] Влада має підпорядкувати себе законові. [3] Незалежне і безсторонне судочинство тлумачить закон. [4] Ті, хто застосовує закон, мають діяти відповідно до нього, уникаючи несправедливої дискримінації. [5] Закон має бути прозорим та доступним для всіх, особливо для тих незахищених, хто найбільше потребує його захисту. [6] Застосування закону має бути ефективним та своєчасним. [7] Закон захищає права, особливо людські права. [8] Закон можна змінювати за встановленою процедурою, яка сама по собі є прозорою, відповідальною та демократичною»²⁰.

28. У рамках *Європейського Союзу* поняття «верховенство права» закріплене не лише у преамбулі Договору про Європейський Союз, а також у його ст. 2, відповідно до якої: «Союз засновано на цінностях поваги до людської гідності, свободи, демократії, рівності, *верховенства права* та дотримання людських прав, включаючи права осіб, що належать до меншин». *Верховенство права* також виступає основою у зовнішній діяльності ЄС²¹, і його включено до преамбули Хартії основоположних прав Європейського Союзу. У французькому тексті вжито термін «*Etat de droit*», тоді як у німецькому — термін «*Rechtsstaatlichkeit*». Тут так само не наведено його характеристик. Концепція *верховенства права* застосовувалась у Європейському Союзі, щоб охопити низку значень, включно з таким формальним поняттям, як ієрархічна вищість закону, а також і з таким субстантивним поняттям, як дотримання основоположних прав, та з поняттями, які є властивими лише праву Європейського Союзу, зокрема: справедливе застосування закону, ефективне користування правами Співтовариства, захист виправданих очікувань та навіть стосовно протидії корупції (у зовнішніх відносинах)²².

29. Інші міжнародні органи часто схвально сприймали верховенство права. Наприклад, текст документа Співдружності Націй під назвою «*Принципи Ламімер Гаус*» (2003) вимагає такого: «Судові органи і парламенти повинні виконувати кожен свою відповідну, але критично важливу для утвердження верховенства права роль у спосіб, що є взаємодоповнюючим та конструктивним».

²⁰ Див.: Equal Access to Justice and the Rule of Law, OECD Development Assistance Committee (DAC). Mainstreaming Conflict Prevention (2005).

²¹ Article 21 TEU.

²² Див.: Wennerström, зокрема, табл. на с. 160, 218–219, 289–290, 302.

Міжнародна комісія юристів (МКЮ) роками системно досліджувала тему верховенства права і вбачає у понятті «верховенство права» основоположний принцип, що захищає особу від свавільної влади держави та надає їй можливість володіти людською гідністю. Подібно до цього Міжнародна асоціація юристів сприйняла «верховенство права» як стрижневе поняття для всіх членів правничої професії, що практикують право²³.

b. Національне право

30. У національному законодавстві термін «*Rechtsstaat*» міститься у багатьох положеннях Основного Закону Німеччини, зокрема тих, що стосуються конституційного ладу в землях Німеччини та Європейського Союзу²⁴. Понад те, субстантивне тлумачення поняття «*Rechtsstaat*» у Німеччині здобуло успіх — як у доктрині конституційного права, так і в практиці Конституційного Суду²⁵.

31. В Об'єднаному Королівстві [Великої Британії та Північної Ірландії] поняття «*верховенство права*» є важливим конституційним принципом, який визнано стримувачем дій влади та владних повноважень. Його застосовують суди, а Акт парламенту стосовно конституційної реформи (2005) містить чітке посилення на поняття «верховенство права», зазначаючи, що «цей Акт не завдає шкоди — ні (а) існуючому конституційному принципіві верховенства права, ні (б) існуючій конституційній ролі лорда-канцлера відносно цього принципу».

32. Поняття «верховенства права» (або ж «*Rechtsstaat/Etat de droit*») проявляється як головна ознака держави у багатьох конституціях колишніх соціалістичних країн Центральної та Східної Європи (Албанії, Вірменії, Білорусі, Боснії та Герцеговини, Хорватії, Чехії, Естонії, Грузії, Угорщини, Молдови, Чорногорії, Румунії, Сербії, Словаччини, Словенії, «колишньої Югославської Республіки Македонії», України) і набагато рідше зустрічається в конституціях старих демократій (Андорри, Фінляндії, Німеччини, Мальти, Норвегії, Португалії, Іспанії, Швеції, Швейцарії, Туреччини). Найчастіше воно міститься в преамбулах або інших загальних положеннях конституцій. Проте конкретніші положення є в конституції Іспанії, згідно з ними «суди здійснюють контроль над повноваженнями щодо ухвалення правил та інструкцій і забезпечують керівну роль верховенства права в адміністративній діяльності»; суди, як і прокуратура, є підвладними верховенству права²⁶. У Швейцарії «діяльність держави ґрунтується на верховенстві права та є обмеженою ним»²⁷.

33. Проте поняття «верховенство права» часто нелегко знайти [у праві] колишніх соціалістичних країн, досвід яких пов'язаний із поняттям *соціалістичної законності*. Класичний марксистський підхід засновано на ідеї відмирання держави, а відтак — і права, що походить від неї. Добре відомо, що практика радянської системи призвела, навпаки, до гіпертрофії [ролі] держави. У Конституції СРСР 1936 р. (ст. 113), наприклад, зазначалося, що «вищий нагляд за точним виконанням законів усіма Міністерствами та підвідомчими їм установами, так само, як і окремими посадовими особами, а також громадянами СРСР, покладається на Генерального Прокурора СРСР». Окрім особливої ролі

²³ Див.: F. Neate (ed.) *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe*, IBA; LexisNexis (2009).

²⁴ Статті 28 та 23.

²⁵ Див.: Kaarlo Tuori, *Op. cit.*, p. 12.

²⁶ Статті 106, 117 та 124 Конституції.

²⁷ Стаття 5.1 Конституції («Le droit est la base et la limite de l'autorite de l'Etat» / «Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht»).

генерального обвинувача («прокуратора»), ще мало бути збережене «точне виконання законів». Тут не було загальної концепції верховенства права, а було набагато вужче поняття точного виконання законів, засноване на дуже позитивістському підході. Це не давало можливості вийти за межі першої стадії з'ясування сутності понять «верховенство права», «верховенство закону» чи «владарювання за законом»²⁸. Таке розуміння все ще може підтримуватися практикою і унеможливити розвиток значно об'ємнішого окреслення чіткої сутності верховенства права; за такого розуміння право сприймається набагато швидше як інструмент влади, ніж як цінність, яку не можна порушувати. Іншими словами, цінності верховенства права — особливо в країнах нових демократій — все ще потребують «седиментації», себто вони мають стати частиною щоденної практики²⁹ та, за висловом Валерія Зорькіна, «усвідомлення права»³⁰.

IV. Пошук чіткого розуміння

34. Розбіжності значень, що їх надано поняттю «верховенство права» (так само як і поняттю «*Rechtsstaat*»), можуть викликати сумніви в його корисності як основоположної концепції публічного права³¹. Однак існує потреба у його осягненні, а відтак — його чіткому розумінні, і тому, що це поняття міститься в багатьох юридичних текстах, і тому, що досягнуто сприйняття верховенства права як основоположної складової будь-якого демократичного суспільства.

35. Поглянувши на міжнародні та національні [юридичні] інструменти, праці науковців, суддів та інших, складається враження, що на сьогодні існує консенсус щодо ключового значення поняття «верховенство права» та щодо елементів, охоплених ним.

36. Можливо, наведене нижче розуміння, викладене Томом Бінгемом (*Tom Bingham*), якнайкраще охоплює істотні елементи верховенства права:

«Усі особи та владні інститути в рамках держави — публічні чи приватні — повинні підкорятись публічно створеним законам, які набувають чинності (загалом) наперед і на основі яких публічно здійснюється правосуддя, вони також повинні мати змогу користуватися благами цих законів»³².

37. Це коротке розуміння, застосовне як до публічних, так і до приватних осіб, набуває свого розширеного варіанту завдяки восьми «інгредієнтам» верховенства права, що включає: (1) доступність закону (в тому значенні, що закон має бути зрозумілим, чітким та передбачуваним); (2) питання юридичних прав мають бути вирішені нормами права, а не на основі дискреції; (3) рівність перед законом; (4) влада має здійснюватись у правомірний, справедливий та розумний спосіб; (5) права людини мають бути захищені; (6) мають бути забезпечені засоби для розв'язання спорів без надмірних матеріальних витрат чи надмірної тривалості; (7) суд має бути справедливим; (8) дотримання державою як її міжнародно-правових обов'язків, так і тих, що обумовлені національним правом.

²⁸ Див. аналіз С. Головатого у праці, зазначеній вище (виноска 9) на с. 1655–1665.

²⁹ Щодо «седиментації» верховенства права див.: Kaarlo Tuori, *The «Rechtsstaat» in the Conceptual Field — Adversaries, Allies and Neutrals, Associations* Vol. 6(2002) No. 2, pp. 201–214, 212.

³⁰ Див.: VD Zorkin, «Rule of Law and Legal Awareness», in F. Neate (ed.) *The Rule of Law: Perspectives from Around the Globe* (2009), pp. 43–54.

³¹ Такої точки зору дотримується, наприклад, Мартін Лафлін (*Martin Loughlin*), що наведено у документі CDL-DEM(2009)006 (*The Rule of Law in European jurisprudence*), p. 3.

³² Див.: Tom Bingham, *The Rule of Law* (2010).

38. Присутня у викладеному Бінгемом розумінні необхідна умова, щоб закони створювались публічно та набували чинності наперед, стосується характеру права та законодавчого процесу, вимагаючи, власне, як про це писав Дайсі, щоб закони самі по собі були зрозумілими, чіткими та зверненими у майбутнє. Однак у розширеному варіанті свого розуміння Бінгем чітко вказує на те, що хоча він, на відміну від Дайсі, й визнає необхідність дискреції у діяльності посадових осіб в умовах ускладненого сучасного суспільства, проте дискреція не повинна бути необмеженою і повинна унеможлилювати свавільні чи нерозумні рішення (характер права у такий спосіб набуває як процесуальної, так і субстантивної сутності).

39. Твердження Бінгема стосовно того, що всі особи та владні інститути мають підпорядковуватись законові (бути «пов'язаними» ним), звернене як до членів публічних і приватних осіб (стосовно яких існує вимога дотримуватись закону), так і до посадових осіб (стосовно яких існує вимога дотримуватись закону в тому значенні, що вони не повинні виходити за межі визначених законом їхніх повноважень, і також у тому значенні, що вони повинні застосовувати закон рівнозначно і безвідносно до статусу того, відносно кого/чого закон застосовується, та незалежно від будь-яких погроз, що застосовуються відносно тих, хто приймає рішення, або заохочень, що пропонуються їм).

40. Твердження Бінгема стосовно того, що кожен повинен мати змогу користуватися благами закону, має на увазі доступ до правосуддя у двох значеннях: по-перше, йдеться про доступ до судів, щоб заявити вимоги стосовно благ, передбачених законом; і, по-друге, йдеться про те, що процедури в цих судах мають бути справедливими, а рішення в цих судах мають ухвалюватися на засадах незалежності та безсторонності³³.

41. Послугуючись власне таким розумінням, а також іншими, заснованими на дуже відмінних системах права і держави³⁴, видається, що наразі є можливим *консенсус* стосовно обов'язкових елементів поняття «верховенство права», а також таких самих елементів поняття «*Rechtsstaat*», які є не лише формальними, а й субстантивними чи матеріальними (*materieller Rechtsstaatbegriff*). Цими елементами є:

- a. Законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права;
- b. Юридична визначеність;
- c. Заборона свавілля;
- d. Доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами, включно з тими, що здійснюють судовий нагляд за адміністративною діяльністю;
- e. Дотримання прав людини;
- f. Заборона дискримінації та рівність перед законом.

(1) Законність (вищість закону/*supremacy of the law*)

42. На важливості принципу законності наголошував Дайсі. Цей принцип, по-перше, означає, що приписів права (*law*) слід неухильно дотримуватись.

³³ Розширюючи розуміння верховенства права, Бінгем також вважає, що верховенство права має забезпечувати достатній рівень захисту прав людини (багато з яких, наприклад, право на справедливий суд, уже охоплено рамками Бінгемового розуміння) та що верховенство права вимагає, щоб держава дотримувалась своїх міжнародно-правових зобов'язань та обов'язків, що обумовлені національним правом.

³⁴ Прикладом цього є розуміння верховенства права, викладене Зорькіним у відповідному розділі його праці, на яку було посилання у виносці 30 вище.

Ця вимога поширюється не лише на фізичних осіб, а й на владні структури, суб'єктів публічного та приватного характеру. Позаяк необхідна умова законності висувається до діяльності посадових осіб, то вона також вимагає, щоб посадові особи мали уповноваження на свої дії та діяли в межах наданих їм повноважень³⁵. Законність також передбачає, що жодна особа не може зазнати покарання, якщо вона не порушила раніше ухвалених приписів права, що вже набули чинності, та що за порушення закону (*the law*) має наставати відповідальність. Здійснення приписів права має бути, в рамках можливого, забезпечене практично.

43. Під поняттям «приписи права» (*law*), як воно вживається у цьому підрозділі, мається на увазі переважно національне законодавство та загальне право (*common law*). Проте розвиток міжнародного права і важливість, яку міжнародні організації надають дотриманню верховенства права, обумовлюють звернення до цього питання також і на міжнародному рівні: принцип *pacta sunt servanda* — це спосіб, у який міжнародне право виражає принцип законності³⁶.

(2) Юридична визначеність (*legal certainty*)

44. Принцип юридичної визначеності є істотно важливим для питання довіри до судової системи та верховенства права³⁷. Він є істотно важливим також і для плідності бізнесової діяльності, з тим щоб генерувати розвиток та економічний поступ³⁸. Аби досягти цієї довіри, держава повинна зробити текст закону (*the law*) легко *доступним*. Вона також зобов'язана дотримуватись законів (*the laws*), які запровадила, і застосовувати їх у *передбачуваний* спосіб та з логічною послідовністю. Передбачуваність означає, що закон має бути, за можливості, проголошений наперед — до його застосування, та має бути передбачуваним щодо його наслідків: він має бути сформульований з достатньою мірою чіткості, аби особа мала можливість скерувати свою поведінку.

45. Потреба у визначеності не означає, що органи, який ухвалює рішення, не повинні надаватись дискреційні повноваження (де це необхідно) за умови наявності процедур, що унеможливають зловживання ними. У цьому контексті закон (*a law*), яким надаються дискреційні повноваження певному державному органу, повинен вказати чітко і зрозуміло на обсяг такої дискреції. Не відповідатиме верховенству права, якщо надана законом виконавчій владі дискреція матиме характер необмеженої влади. Отже, закон повинен вказати на обсяг будь-якої такої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій [влади]³⁹.

46. Юридична визначеність вимагає, щоб юридичні норми були *чіткими* і *точними* та спрямованими на забезпечення того, щоб ситуації та правовідносини залишались передбачуваними. *Зворотня дія* [юридичних норм] також суперечить принципів юридичної визначеності, принаймні у кримінальному праві

³⁵ Див.: Jeffrey Jowell. The Rule of Law and its Underlying values, in: Jeffrey Jowell/Dawn Oliver (Eds.), *The Changing Constitution* (виноска 6), p. 10.

³⁶ Див.: Tom Bingham, *Op. cit.* (chap. 10), зокрема, наведене вище твердження автора про те, що «верховенство права вимагає дотримання державою її міжнародно-правових зобов'язань та обов'язків, обумовлених національним правом».

³⁷ The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, para. 51.

³⁸ Див.: R. McCorquodale, in *The Rule of Law in International and Comparative Context* (above note 10), chap. 3.

³⁹ The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, para. 46.

(ст. 7 ЄКПЛ), позаяк суб'єкти права повинні знати наслідки своєї поведінки; але це також стосується і цивільного та адміністративного права — тієї мірою, що негативно впливає на права та законні інтереси [особи]. На додаток, юридична визначеність вимагає дотримання принципу *res judicata*. Остаточні рішення судів національної системи не повинні бути предметом оскарження⁴⁰. Юридична визначеність також вимагає, щоб остаточні рішення судів були виконані. У приватних спорах виконання остаточних судових рішень може потребувати допомоги з боку державних органів, аби уникнути будь-якого ризику «приватного правосуддя», що є несумісним з верховенством права⁴¹. Системи, де існує можливість скасовувати остаточні рішення, не базуючись при цьому на безспірних підставах публічного інтересу, та які допускають невизначеність у часі, несумісні з принципом юридичної визначеності⁴².

47. На додачу до цього, парламентові не може бути дозволено зневажати основоположні права [людини] внаслідок ухвалення нечітких законів. Цим досягається істотно важливий юридичний захист особи супроти держави та її органів і посадових осіб⁴³.

48. Юридична визначеність також означає, що держава загалом повинна дотримуватись взятих на себе певних зобов'язань, виконувати покладені на неї певні функції чи виголошені нею перед людьми певні обіцянки (поняття «законних очікувань»).

49. Однак потреба у визначеності не означає, що норми права повинні застосовуватись із такою негнучкістю, що унеможлиблювала б врахування імперативів гуманності (людинолюбства) і справедливості.

50. Існування суперечливих рішень, що їх виніс верховний чи конституційний суд, у будь-якому разі є несумісним із принципом юридичної визначеності. Тому вимагається, щоб суди, особливо вищих інстанцій, запроваджували механізми, що надають можливість уникати суперечливості та забезпечувати узгодженість їхньої судової практики.

51. Юридична визначеність (*legal certainty*) та вищість закону (*supremacy of the law*) передбачають, що закон застосовано на практиці. Це також означає, що він є придатним для застосування. Тому надзвичайно важливо ще до прийняття закону оцінити його на предмет придатності його застосування на практиці, а також перевірити *a posteriori*, чи буде його застосування ефективним. Це означає, що, звертаючись до питання про верховенство права, слід зважати на оцінювання законодавства — *ex ante* та *ex post*.

(3) Заборона свавілля (*prohibition of arbitrariness*)

52. Хоча дискреційні повноваження є необхідними для здійснення всього діапазону владних функцій у сучасних складних суспільствах, ці повноваження не мають здійснюватись у свавільний спосіб. Їх здійснення у такий спосіб уможливорює ухвалення суттєво несправедливих, необґрунтованих, нерозумних чи деспотичних рішень, що є несумісним із поняттям верховенства права.

⁴⁰ Це, звичайно, не виключає права звертатися до міжнародних судових установ із скаргою на те, що остаточне рішення суду національної системи становить порушення міжнародно-правового зобов'язання.

⁴¹ The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, para. 49.

⁴² The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, para. 48.

⁴³ The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, para. 43.

(4) Доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами

53. Кожному має бути надана можливість оскаржувати дії та рішення влади, якщо вони не відповідають правам чи інтересам особи. Заборона такого оскарження є порушенням верховенства права. Зазвичай з таким оскарженням звертаються до суду, але у деяких країнах дозволено альтернативне оскарження до менш формальних інстанцій із залагодження спорів, коли апеляцію на рішення цих інстанцій можна подати до суду.

54. Роль судівництва є істотно важливою в державі, заснованій на верховенстві права. Судівництво є гарантом справедливості — основоположної цінності у державі, керованій правом⁴⁴. Справою першочергової ваги є те, щоб судівництво мало повноваження визначати, які закони є застосовними та ваговитими щодо конкретної справи, вирішувати питання факту і застосовувати закон до фактичних обставин згідно з відповідною — тобто достатньо прозорою і передбачуваною — методологією тлумачення⁴⁵.

55. Судівництву належить бути незалежним та безстороннім (неупередженим). Незалежність означає, що судівництво є вільним від зовнішнього тиску і не контролюється іншими гілками влади, особливо виконавчою. Ця вимога є невід'ємною частиною основоположного демократичного принципу поділу влади. Судді не повинні зазнавати політичного впливу чи маніпуляції⁴⁶. Безсторонність означає, що судівництво — навіть за зовнішніми ознаками — не видається упередженим щодо результату справи.

56. Необхідно, щоб слухання було справедливим і відкритим та щоб таке слухання і прийняття рішення у справі здійснювались упродовж розумного строку. Окрім цього, повинна існувати визнана, організована та незалежна правнича професія, яка готова та *de facto* спроможна надавати юридичні послуги і законом уповноважена на це. Позаяк правосуддя має бути доступним і для тих, кому це не по кишені, то в разі необхідності повинно бути забезпечено надання безоплатної правової допомоги.

57. Понад те, має існувати установа чи організація — як певний обвинувач, яка до певної міри має бути теж незалежною від виконавчої влади і яка забезпечує, щоб порушник закону — навіть коли потерпілі не заявляють про це — постав перед судом⁴⁷.

58. Насамкінець, судові рішення мають бути ефективно виконані і не повинно існувати можливості (окрім надзвичайно виняткових випадків) переглядати остаточне судове рішення (дотримання принципу *res judicata*).

(5) Дотримання прав людини

59. Дотримання верховенства права і дотримання прав людини не обов'язково є синонімами. Проте великою мірою обидві концепції збігаються між собою, а чисельна низка прав, закріплених у таких документах, як ЄКПЛ, також мають стосунок до верховенства права — явно виражено чи обумовлено.

⁴⁴ The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, CM (2008)170, 21 November 2008, para. 39.

⁴⁵ Див.: Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, p. 16.

⁴⁶ Див.: Thomas Carothers, The Rule of Law Revival, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95(96).

⁴⁷ Див.: Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, p. 16.

60. Правами, що найочевидніше пов'язані з верховенством права, є такі: (1) право на доступ до правосуддя; (2) право на законного і компетентного суддю; (3) право на виклад своєї позиції (*the right to be heard*); (4) неприпустимість подвійної загрози [подвійного покарання за одне і те саме діяння] (*ne bis in idem*) (ст. 4 Протоколу 7 до ЄКПЛ); (5) юридичний принцип, згідно з яким заходи, що накладають обтяження, не можуть мати зворотної сили; (6) право на ефективні засоби юридичного захисту в будь-якому спорі (ст. 13 ЄКПЛ); (7) презумпція невинуватості — будь-яка особа вважається невинуватою в скоєнні злочину, доки її вину не доведено⁴⁸; та (8) право на справедливий суд, або — в англо-американській традиції — принцип природної справедливості чи принцип справедливої [юридичної] процедури; мають бути забезпечені: справедливе і відкрите слухання справи, відсутність упередженості та слухання і вирішення справи упродовж розумного строку. Окрім цього, має існувати визнана, організована та незалежна правнича професія, яка готова та *de facto* спроможна надавати юридичні послуги і законом уповноважена на це⁴⁹.

61. Більшість із цих прав (а також принцип незалежності та безсторонності судівництва) вмонтовано у ст. 6 ЄКПЛ. Проте інші права також можуть мати супутнє верховенству права значення — таке, як право на свободу вираження поглядів і переконань, що допускає критику діючої влади (ст. 10 ЄКПЛ), та навіть такі права, як заборона катувань чи нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання (ст. 3), вони можуть мати зв'язок із поняттям «справедливий суд».

(6) Заборона дискримінації та рівність перед законом

62. Дайсі обстоює поняття рівності шляхом висування умови такого змісту: верховенство права ставить усіх у «загальне підпорядкування» законам. У цьому контексті він чітко окреслював поняття формальної рівності — у тому аспекті, що закони, навіть будучи несправедливими на практиці, мають застосовуватись однаково до всіх та запроваджуватись з логічною послідовністю.

63. Формальна рівність все ж таки є важливим аспектом верховенства права — за умови, що вона допускає нерівний підхід до тієї міри, яка є необхідною для досягнення сутнісної (субстантивної) рівності — та може бути розширена, не шкодячи тому принципові, що лежить в основі заборони дискримінації, який — разом із рівністю перед законом — становить основний і загальний принцип стосовно захисту прав людини. Як наголошено в документі Ради Європи з цього питання від 2008 р.⁵⁰, ці два принципи є принципами прав людини настільки ж, наскільки вони є принципами верховенства права; а практика [Європейського] Суду [з прав людини] схиляється до того, щоб застосовувати заборону дискримінації за відсутності особливої потреби посилатися на неї як на принцип верховенства права, хоча до певної міри визнано, що рівність прав та обов'язків кожної людини перед законом є одним із аспектів верховенства права.

64. Заборона дискримінації означає, що закони стримують дискримінацію окремих фізичних осіб чи груп осіб. Будь-який необґрунтований неоднаковий підхід за законом заборонений, і всі особи мають гарантований рівний та ефек-

⁴⁸ Див.: Thomas Carothers, *The Rule of Law Revival*, *Foreign Affairs* 77 (1998), 95 (96).

⁴⁹ Див.: Rule of Law Inventory Report, Hague Institute for the Internationalisation of Law, Discussion Paper for the High Level Expert Meeting on the Rule of Law of 20th April 2007, p. 16.

⁵⁰ The Council of Europe and the Rule of Law — An Overview, CM(2008)170, 21 November 2008, see para. 53.

тивний захист від дискримінації за будь-якою ознакою — раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, власності, народження чи іншого статусу.

65. Рівність перед законом означає, що кожна фізична особа є підпорядкованою тим самим законам, і жодна фізична особа чи група осіб не мають особливих юридичних привілеїв.

V. Нові виклики

66. У плані майбутнього постає питання, як можуть бути збережені та набуті свого подальшого розвитку досягнення верховенства права в умовах, коли фізичні особи все більшою мірою стають пов'язаними новими способами здійснення влади та зазнають впливу від цього. Ця тема стосується не лише діяльності міжнародних організацій, вона також є важливою для сфери публічно-приватного партнерства і для всіх сфер, що раніше були винятково національного рівня, але згодом набули транснаціонального характеру. Верховенство права має бути приведене до такого стану, коли свобода для всіх буде забезпечена навіть у тих ділянках, де гібридні (державно-приватні) суб'єкти чи приватні особи є відповідальними за виконання завдань, які раніше належали до сфери компетенції державних органів. Сутність верховенства права як керівного принципу в плані майбутнього має бути розширено так, щоб охопити не лише ділянку співпраці між державою і приватними суб'єктами, а й діяльність приватних суб'єктів, можливості яких порушувати особисті права є такими ж, як і можливості органів державної влади. Владні органи на національному, транснаціональному і міжнародному рівнях — усі вони повинні діяти як гарантії основоположних принципів та елементів традиційного верховенства права у зазначених ділянках.

VI. Висновок

67. Поняття «верховенство права» не набуло свого опрацювання в юридичних текстах і в практиці такою ж мірою, як інші підвалини Ради Європи — «права людини» та «демократія». Права людини лежать в основі величезного корпусу конституційних і законодавчих положень та судової практики — як на національному, так і на міжнародному рівнях. Демократія впроваджена за допомогою докладних положень стосовно виборів та функціонування інститутів, навіть якщо вони часто не мають відношення до цього поняття.

68. Законодавчі положення стосовно верховенства права — як на національному, так і на міжнародному рівнях — мають дуже загальний характер та не визначають цього поняття докладно.

69. Це спричинило сумніви щодо самої корисності розглядати верховенство права як юридичну концепцію практичного характеру. Проте поняття верховенства права все частіше входить до текстів національного і міжнародного права та судової практики, особливо практики Європейського Суду з прав людини. Однак ми переконані, що верховенство права насправді становить основоположний і спільний європейський стандарт за змістом — скеровувати та стримувати здійснення демократичної влади.

70. Метою цієї доповіді було здобути загальновизнане чітке розуміння верховенства права (що викладено вище), а також з'ясувати його стрижневі елементи. Ціль полягала в тім, аби Рада Європи — міжнародна організація, що

визначила верховенство права як одну із своїх трьох підвалин — могла зробити свій внесок, разом з іншими організаціями та інститутами, у практичне впровадження цього важливого принципу шляхом його тлумачення і застосування як у своїх стосунках із її державами-членами, так і в рамках [національних систем] її держав-членів⁵¹.

Додаток

Контрольний перелік питань для оцінки стану верховенства права в окремих державах

1) Законність (вищість закону/*supremacy of the law*)

- a) Чи діє держава на підставі закону та відповідно до закону?
- b) Чи є процедура введення закону в дію прозорою, підзвітною та демократичною?
- c) Чи набуло здійснення влади уповноваження на це приписами права?
- d) Якою мірою закон застосовано та якою мірою його запроваджено практично?
- e) Якою мірою влада працює без застосування приписів права?
- f) Якою мірою влада вдається до випадкових заходів замість застосування загальних правил?
- g) Чи містить закон держави положення про винятки, внаслідок чого виникає можливість застосовувати особливі (індивідуальні) заходи?
- h) Чи в національному праві є норми, що забезпечують підпорядкування держави міжнародному праву?

i) Чи застосовується система, що становить принцип *nulla poena sine lege*?

2) Юридична визначеність (*legal certainty*)

- a) Чи всі закони публікуються?
- b) Чи існує якесь неписане право і чи є воно доступним?
- c) Чи встановлено межі юридичної дискреції, наданої виконавчій владі?
- d) Чи містяться у законах положення про винятки?
- e) Чи виписано закони зрозумілою мовою?
- f) Чи заборонена зворотна дія законів?
- g) Чи встановлено обов'язок дотримуватись закону?
- h) Чи йдеться про заперечення (оскарження) остаточного рішення національного суду?

i) Чи є судова практика національних судів послідовною?

j) Чи є національне законодавство загалом придатним для застосування і чи забезпечено його виконання?

k) Чи здійснюється оцінка законодавства на регулярній основі?

3) Заборона свавілля (*prohibition of arbitrariness*)

- a) Чи встановлено конкретні правила, що забороняють свавілля?
- b) Чи встановлено межі дискреційних повноважень?
- c) Чи існує система повної доступності до інформації про діяльність уряду?
- d) Чи існують вимоги стосовно обґрунтованості рішень, що ухвалюються?

4) Доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами

- a) Чи є правосуддя незалежним?

⁵¹ Див.: Review of the rule of law situation: feasibility and methodology, DG-HL (2010) 21.

b) Чи є органи державного обвинувачення певною мірою незалежними від державного апарату? Чи діють вони на підставі закону, а не відповідно до політичної доцільності?

c) Чи зазнають окремі судді політичного впливу або маніпуляцій?

d) Чи є правосуддя безстороннім? Які положення національного законодавства забезпечують безсторонність правосуддя у кожній конкретній справі?

e) Чи мають громадяни ефективний доступ до правосуддя, включно з метою судового контролю діяльності виконавчої влади?

f) Чи володіють суди достатніми повноваженнями щодо засобів юридичного захисту?

g) Чи наявна визнана, організована та незалежна правнича професія?

h) Чи виконуються судові рішення?

i) Чи забезпечено дотримання принципу *res iudicata*?

5) Дотримання прав людини

Чи гарантовано (на практиці) такі права:

a) право на доступ до правосуддя: чи мають громадяни ефективний доступ до правосуддя?

b) право на законного і компетентного суддю?

c) право на виклад своєї позиції (*the right to be heard*)?

d) право на те, щоб не було подвійної загрози [подвійного покарання за одне і те саме діяння] (*ne bis in idem*)?

e) право на те, щоб заходи, які накладають обтяження, не мали зворотної сили?

f) право на ефективні засоби юридичного захисту?

g) право на презумпцію невинуватості?

h) право на справедливий суд?

6) Заборона дискримінації та рівність перед законом

a) Чи застосовуються закони загалом та без дискримінації?

b) Чи є закони, які допускають дискримінацію окремих осіб або груп?

c) Чи витлумачено закони у дискримінаційний спосіб?

d) Чи є особи або групи, кому законом надано особливі привілеї?