

II. Розвиток доктрини права Ради Європи



Ганна Христова

кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри теорії і філософії права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого
(Харків, Україна)
khrystova.hrl@gmail.com

УДК 340.12: 342.72/.73

ДОКТРИНА ПОЗИТИВНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ДЕРЖАВИ У СФЕРІ ПРАВ ЛЮДИНИ: ОСНОВНІ АСПЕКТИ РОЗУМІННЯ

АНОТАЦІЯ. Сьогодні позитивні зобов'язання держави становлять невід'ємну частину міжнародного, передусім європейського права прав людини та входять до усталеного категоріального апарату західної юриспруденції, однак лишаються малодослідженими в українській науці. Водночас ця конструкція поступово, але впевнено входить до національного законодавства та судової практики України, зокрема й конституційної юриспруденції. Це вимагає комплексного осмислення позитивних зобов'язань як концептуального підґрунтя юридичної оцінки ефективності державної політики у сфері прав людини.

Мета статті полягає у визначенні основних елементів доктрини позитивних зобов'язань держави, розкритті розуміння та особливої природи таких зобов'язань, окресленні змісту, обсягу та меж, виокремленні типів позитивних зобов'язань, що консолідують розмаїття, а також їх структури порівняно з негативними зобов'язаннями та у взаємодії з іншими доктринальними підходами, що утвердилися завдяки “праву Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод” (Конвенція).

Встановлено, що еволюція позитивних зобов'язань за Конвенцією органічно вписується у більш широкий контекст еволюції в галузі прав людини, відбиваючи загальні тенденції руху від виключно негативних зобов'язань до “багатовимірних прав”, що містять як негативні, так і позитивні вимоги. Обґрунтовано розуміння позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини як таких, що становлять юридично обов'язкові вимоги до держави в особі її законодавчих, виконавчих і судових органів запроваджувати та застосовувати ефективні заходи матеріального та процесуального, а також юридичного й фактичного характеру, для запобігання порушенням всього спектру прав людини з боку представників влади або приватних осіб, а також їх захисту та сприяння реалізації.

З урахуванням стандартів позитивних зобов'язань, вироблених Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ), доведено, що принципи ефективності та динамічної інтерпретації є підставою для розвитку позитивних зобов'язань. Зі свого боку принципи історичної інтерпретації та систематичного тлумачення норм Конвенції та формулювань її конкретних положень, а також ідея “єдиного європейського стандарту”, заснованого на консенсусі держав-членів, розумно обмежують судовий активізм. Такі обов'язки не можна тлумачити у спосіб, який покладав би на органи державної влади неможливий або непропорційний тягар. Маючи диз'юнктивну (альтернативну) структуру, позитивні зобов'язання передбачають особливо широку свободу розсуду держави стосовно вибору засобів. При цьому вжиті заходи мають бути розумними (обґрунтованими), належними та достатніми, і підлягати оцінці ЄСПЛ із застосуванням принципу пропорційності та справедливого балансу інтересів.

Принцип субсидіарності та свобода розсуду держави обумовлюють покладання основної відповідальності за розвиток позитивних зобов'язань на національні органи влади, які, з урахуванням пріоритетів та ресурсів держави, мають забезпечити ухвалення належного законодавства (“національної правової рамки”) та запровадження ефективних засобів національного захисту, необхідних для забезпечення реальної свободи й автономії особи.

Ключові слова: права людини; позитивні зобов'язання; судовий активізм; ефективність; пропорційність; свобода розсуду.

Надважливою складовою європейського права є європейське право прав людини¹, основу якого становить Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція, ЄКПЛ) та протоколи до неї, що є унікальним за своїм юридичним впливом ‘конституційним інструментом європейського публічного порядку’². Визначальну роль Конвенції у формуванні спільного європейського простору основоположних прав і свобод підтверджує також прагнення Європейського Союзу (далі – ЄС) приєднатися до ЄКПЛ³, себто “зв'язати” цими стандартами право ЄС.

Як єдиний орган, юрисдикція якого ‘поширюється на всі питання тлумачення і застосування Конвенції’ (ст. 32 Конвенції⁴), Європейський суд з прав людини (далі – Суд, ЄСПЛ) поступово сформував доктринальні підходи, які слугують своєрідними ‘ключами прочитання’, здатними

¹ S Maringele, *European Human Rights Law. The work of European Court of “Human Rights illustrated by an assortment of selected cases* (Anchor Academic Publishing 2014) 144; K Starmer, *European human rights law* (Legal Action Group 1999) 883.

² O Gerstenberg, ‘Negative / Positive Constitutionalism, “Fair Balance,” and the Problem of Justiciability’ [2012] 10(4) *International Journal of Constitutional Law* 904-25, <https://doi.org/10.1093/icon/mor085>.

³ Р Арнольд, ‘Приєднання Європейського Союзу до Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і наслідки цього кроку для ситуації в галузі основних прав у Європі’ в *Захист прав людини органами конституційної юстиції: можливості і проблеми індивідуального доступу: матеріали міжнародної конференції* (Логос 2011) 84-9.

⁴ The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Official texts <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf> (accessed: 12.04.2019).

Ганна Христова

‘винести сутність норми за межі форми, яку вона має у тексті Конвенції’ та спрямовувати інтерпретаторів Конвенції у бік ‘точного визначення контуру норм’, що стосуються прав людини⁵.

До них, передовсім, належать цільове (еволюційне) тлумачення Конвенції, концепція автономних понять, субсидіарність, пропорційність, доктрина “свободи розсуду” (“поля розсуду”) держави, справедлива сатисфакція, “горизонтальне” застосування прав та їхня ієрархія, принципи мінімальних гарантій, відсутності взаємності (щодо зобов’язань держав за Конвенцією) та територіальних обмежень тощо⁶. Серед таких принципів і підходів важливе місце посідає доктрина позитивних зобов’язань держави щодо прав і свобод, гарантованих Конвенцією. Завдяки розвитку у практиці Суду ці доктринальні підходи здобувають офіційне визнання, міжнародну авторитетність, обґрунтованість та достовірність, а також регулятивні властивості⁷. Зі свого боку саме у взаємодії та системному зв’язку з іншими доктринальними підходами, розвинутими ЄСПЛ, проявляє себе особлива природа (англ. “*distinctive nature*”) позитивних зобов’язань.

Сьогодні позитивні зобов’язання держави становлять невід’ємну частину міжнародного, передусім європейського права прав людини, та входять до усталеного категоріального апарату західної юриспруденції. Такі зобов’язання дають змогу переосмислити модель взаємодії людини та держави у сучасних цивілізаційних умовах; віднайти системні зв’язки між правами особи та обсягом і характером обов’язків держави щодо їх реалізації; встановити межу відповідальності держави у разі їх порушення, зокрема і з боку приватних осіб. Доктрина позитивних зобов’язань є концептуальним підґрунтям юридичної оцінки державної політики у сфері прав людини й ужитих державою заходів, спрямованих на захист та забезпечення основоположних прав і свобод.

Здобувши свій експоненціальний розвиток завдяки практиці ЄСПЛ, за кілька останніх десятиліть доктрина позитивних зобов’язань (англ. “*positive obligation, duties*”) була досить ґрунтовно досліджена у європейській юриспруденції на монографічному, дисертаційному та інституційному рівнях (передусім у працях J.-F. Akandji-Kombe, G. Anthony, B. Dickson, P. Van Dijk, B. Conforti, J.-P. Costa, H. Cullen,

⁵ М Де Сальвіа, *Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г.* (Юридический центр Пресс 2004) 39.

⁶ G Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press 2007) 145; Дж МакБрайд, ‘Принципи, що визначають тлумачення та застосування Європейської конвенції з прав людини’ в Жуковська О (ред), *Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст* (ВІПОЛ 2004) 761-80.

⁷ Детальніше див.: Г Христова, ‘До питання про формування доктрини позитивних зобов’язань держави у сфері прав людини’ (2013) 2 *Філософія права і загальна теорія права* 124-34.

C. Droge, D. Feldman, M. Florczak-Wątor, K. Hajiyev, B. Hofstätter, M. Klatt, L. Lavrysen, P. Londono, C. Madelaine, A. R. Mowbray, R. O'Connell, E. Palmer, M. Pitkänen, D. Russell, L.-A. Sicilianos, D. Shelton, K. Starmer, V. Stoyanova, F. Sudre, C. De Than, I. Turner, L. Urbaitė, D. Xenos та ін.). Сам Суд також акумулює визнані ним позитивні зобов'язання держав стосовно певних прав людини у своїх бюлетенях (англ. “factsheets”), які стосуються тих чи інших статей Конвенції⁸. Кілька спеціальних випусків відомих міжнародних періодичних видань із прав людини були повністю присвячені позитивним зобов'язанням держави, зокрема “*Northern Ireland Legal Quarterly*” та “*Interights Bulletin*”.

До того ж в останні роки у працях європейських науковців впевнено живається саме формулювання ‘доктрина позитивних зобов'язань держави’⁹, із цим погоджуються також судді ЄСПЛ¹⁰, що свідчить про наявність академічного консенсусу стосовно утвердження систематизованого, цілісного, концептуально та методологічно узгодженого підходу до позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини.

Один із перших у вітчизняній юридичній науці прикладів доктринального аналізу концепції позитивних зобов'язань держави був представлений С. Шевчуком ще у 2010 р.¹¹. Слід визнати, що в останні роки конструкція “позитивних зобов'язань держави” стає більш відомою українським фахівцям у галузі права, відображаючись не лише у працях юристів-міжнародників (зокрема, М. Буроменського, В. Буткевича, Л. Гусейнова, В. Денисова, В. Євінтова, Л. Трагнюк, А. Федорової), а й теоретиків права, конституціоналістів, цивілістів, криміналістів та інших фахівців у галузі права (зокрема, В. Лемака, А. Бадида, І. Васильєва, О. Горпинюк, Т. Дудаш, Г. Журавльової, Т. Фулей).

Також ця конструкція поступово, але впевнено, входить до національного законодавства та судової практики, зокрема й конституційної юриспруденції, про що свідчать нещодавні рішення Конституційного Суду

⁸ До прикладу: ‘Позитивные обязательства государств-участников Конвенции по защите журналистов и предотвращению безнаказанности в свете статьи 10. Отчет по результатам исследования. Совет Европы’ <<http://europeancourt.livejournal.com/36951.html>> (дата звернення: 01.02.2019).

⁹ L Urbaitė, ‘Judicial activism in the approach of the European Court of Human Rights to positive obligations of the state’ (2011) 11 *Baltic yearbook of international law* 220, <https://doi.org/10.1163/22115897-90000073>; P Londono, ‘Positive obligations, criminal procedure and rape cases’ (2007) 2 *European human rights law review* 161; M Florczak-Wątor, ‘The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State’ [2017] 17(2) *International and Comparative Law Review* 39-53, <https://doi.org/10.2478/iclr-2018-0014>; S G Tuğba, ‘Positive Obligations’ Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?’ [2017] 6 (1) *European Journal of Multidisciplinary Studies* 358-64, <http://dx.doi.org/10.26417/ejms.v6i1.p358-364>.

¹⁰ L-A Sicilianos, ‘Out of harm’s way: positive obligations under Article 2 of the European Convention on Human Rights’ in Early Lawrence and Austin Anna (eds), *The rights to life under article 2 of the European convention on human rights. Twenty years of legal development since McCann v. the United Kingdom. In honour of Michael O’Boyle* (Legal Publishers (WLP) 2016) 29, 38, 42.

¹¹ С Шевчук, ‘Концепція позитивних зобов'язань держави у практиці Європейського суду з прав людини’ (2010) 2 *Право України* 55-64.

Ганна Христова

України¹². Це також зумовлено законодавчою вимогою щодо застосування судами України Конвенції та практики ЄСПЛ як джерела права¹³. Проблема позитивних зобов'язань держави все частіше привертає до себе увагу в академічному та публічному дискурсі України також через її застосовність в умовах конфлікту та тимчасової втрати контролю над частиною суверенної території, зокрема: при плануванні та здійсненні антитерористичних та інших правоохоронних операцій, пов'язаних із летальним застосуванням сили, при захисті від дій парамілітарних угруповань тощо. Це підсилює актуальність комплексного дослідження доктрини позитивних зобов'язань держави у сфері прав людини у їх різноманітності та системних особливостях, а також взаємодії з іншими доктринальними підходами, що сформувалися у так званому “праві Конвенції”¹⁴, яке сьогодні в Україні відсутнє.

Мета дослідження полягає у визначенні основних елементів доктрини позитивних зобов'язань держав, розкритті розуміння та особливої природи таких зобов'язань, окресленні їхнього змісту, обсягу та меж, а також виокремленні типів позитивних зобов'язань¹⁵, що консолідують їхню розмаїття, та їхньої структури порівняно з негативними зобов'язаннями.

Відправною точкою дослідження зобов'язань держави у сфері прав людини є історично розвинутий у межах ліберальної доктрини висновок про те, що основоположні права людини виступають негативними правами у тому сенсі, що вони охороняють людину від небажаного втручання з боку держави у сферу їх здійснення. Відповідно, вважалося, що ці права передбачають негативні зобов'язки держави та її представників (англ. “state agents”) утримуватися від будь-яких дій, спрямованих на їх порушення або незаконне обмеження. Зі свого боку соціально-економічні права гарантуються *позитивними зобов'язаннями держави*, оскільки їхня реалізація неможлива без відповідної забезпечувальної діяльності з боку державних інституцій.

Однак у другій половині ХХ ст. у європейській теоретичній та практичній юриспруденції поступово розвивається та стає домінуючим під-

¹² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України “Про психіатричну допомогу” (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) від 1 червня 2016 р. № 2-рп/2016 <<http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16>> (дата звернення: 01.02.2019).

¹³ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3477-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>> (дата звернення: 01.02.2019).

¹⁴ “Право Конвенції” (англ. “Law of European Convention on Human Rights”) утворюють положення самої Конвенції та відповідна практика Суду.

¹⁵ У європейських дослідженнях домінує позиція, що позитивні зобов'язання держави щодо прав людини реалізуються нею через виконання численних позитивних зобов'язань. Терміни “positive obligations” та “positive duties” використовуються як близькі за змістом або синонімічні.

хід, за яким позитивні обов'язки держави поширюються і на основоположні права. Юридична доктрина та практика впевнено відходять від обмеження ролі держави лише невтручанням у реалізацію базових прав та утриманням від їх порушень, і послідовно розширюють обов'язки держави акумулювати належні ресурси та вживати активні різнопланові заходи задля забезпечення поваги й захисту всіх груп прав людини та основоположних свобод. Адже, як переконливо довів Г. Шу, обов'язки держави, які кореспондують основоположним правам, завжди мають як негативну, так і позитивну природу¹⁶.

Загалом еволюція позитивних зобов'язань за Конвенцією органічно вписується у більш широкий *контекст еволюції у галузі прав людини*, відбиваючи загальні тенденції руху від здебільшого ліберально-правового мислення до синтезу ліберального та соціального мислення, від виключно негативних зобов'язань до “багатовимірних прав” (англ. “*multidimensional rights*”)¹⁷, що містять як негативні, так і позитивні вимоги.

Розуміння позитивних зобов'язань

Оскільки автори Конвенції мали намір гарантувати особам наявність “*певної сфери свободи від держави*”¹⁸, більшість положень було сформульовано у негативний спосіб, забороняючи державам свавільно й непропорційно втручатися у права осіб. Однак ЄСПЛ послідовно розвиває позицію щодо наявності у держави позитивних зобов'язань за ЄКПЛ стосовно закріплених нею прав людини й основоположних свобод. Провідні фахівці підтверджують, що Конвенція також містить позитивні зобов'язання, тобто зобов'язання органів державної влади вживати “*позитивних й активних кроків*” (англ. “*positive and active steps*”) для захисту прав людини¹⁹.

Незважаючи на значну судову практику в цій сфері, ЄСПЛ принципово не вбачає свого покликання “*розвивати загальну концепцію позитивних зобов'язань*” (див. справу “*Платформа ‘Лікарі за життя’ проти Австрії*”, п. 31). Суд обґрунтовує це необхідністю пошуку справедливості у конкретних випадках й уникнення більш широких правових тверджень. Водночас, припускає К. Дроге, чим більше ЄСПЛ підкреслює конкретні обставини та індивідуальність справ стосовно позитивних зобов'язань

¹⁶ H Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy* (Princeton University Press 1996) 150, <https://doi.org/10.1017/bhj.2016.33>.

¹⁷ C Droge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention* (Springer 2003) 432.

¹⁸ Urbaitè (n 9) 214.

¹⁹ K Starmer, ‘Positive Obligations under the Convention’ in Jowell J and Cooper J (eds), *Understanding Human Rights Principles* (Hart Publishing 2001) 139-40; J G Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester University Press 1993) 102-3.

держави, тим вище ризик того, що національні суди не дозволять собі дотримуватися його юриспруденції, вимагаючи наступності та послідовності в контексті верховенства права. Це обумовлює необхідність систематизації позитивних зобов'язань у “нормативну категорію”²⁰.

Хоча у практиці ЄСПЛ не сформульовано офіційну дефініцію позитивних зобов'язань держави, однак вона може бути реконструйована на основі конкретних рішень Суду, що відтворюють їхню цілісну концепцію. Їх базове розуміння було закладено ще у 1968 р. у *Бельгійській мовній справі*, в якій заявники вимагали від ЄСПЛ визнання “зобов'язання щось зробити” (англ. “obligations to do something”). У найбільш загальний спосіб позитивні зобов'язання можна визначити як такі, що вимагають від держави *вживати заходів* для забезпечення ефективного користування правами, гарантованими Конвенцією²¹. Дж.-Ф. Аканді-Комбе підсумовує, що основою розуміння позитивних зобов'язань держави є те, що по суті вони вимагають від національних органів влади запровадити та застосувати необхідні засоби для гарантування прав людини, а точніше – *вжити прийнятних (розумних, обґрунтованих) та належних заходів* (англ. “reasonable and appropriate measures”) для забезпечення та захисту основоположних прав і свобод у кожному конкретному випадку²².

Важливо наголосити, що, на відміну від “традиційного” розуміння позитивних зобов'язань, орієнтованого на захист соціально-економічних прав та забезпечення їх прогресивної реалізації, сучасна доктрина позитивних зобов'язань вимагає від держави вживати певних заходів, наслідком яких є *запобігання порушенням* (англ. “prevention of violations”)²³, зокрема і з боку приватних осіб. Аналізуючи практику Суду, П. ван Д'юк послідовно доводить, що всі закріплені в Конвенції права можуть вимагати від органів влади певних позитивних заходів задля ефективного користування такими правами як щодо *органів влади* (англ. “enjoyment vis-a-vis authorities”), так і щодо *фізичних осіб* (англ. “enjoyment vis-a-vis private parties”)²⁴. Адже, як стверджує М. Пітканен, виключно негатив-

²⁰ Droge (n 17) 379.

²¹ Див. окрему думку судді Мартенс (*Martens*) у справі: *Gül v. Switzerland*. Judgment. 19.02.1996. App. 23218/94 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57975>> (accessed: 12.04.2019).

²² J-F Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe: Human rights handbooks 2007) 6, 7.

²³ K Hajiyevev, “The evolution of positive obligations under the European Convention on Human Rights: by the European Court of Human Rights” in Spielmann Deanand and Tsirli Marialena and Voyatzis Panayotis (eds), *The European Convention on Human Rights, a living instrument: essays in honour of Christos L Rozakis* (Bruylant 2011) 207.

²⁴ P Van Dijk, “Positive obligations” implied in the European Convention on Human Rights: are the States still the “masters” of the Convention?” in Castermans-Holleman Monique and Hoof Fried Van and Smith Jacqueline (eds), *The role of the nation-state in the 21st century: human rights, international organisations and foreign policy: essays in honour of Peter Baehr* (Kluwer Law International 1998) 32.

ний підхід до захисту прав людини не може гарантувати їх реального та ефективного захисту, оскільки дії приватних осіб можуть загрожувати правам людини так само, як і дії державних органів²⁵. Д. Ксенос взагалі пов'язує доктринальне обґрунтування позитивних зобов'язань держави саме з її обов'язком активного захисту прав людини від актів втручання з боку приватних осіб²⁶.

Такий підхід відтворює ідею “непрямої горизонтальної дії” (англ. “*indirect horizontal effect*”) Конвенції, тобто забезпечує можливість її застосування стосовно відносин між приватними особами, але у контексті відповідальності держави за запобігання порушенням її вимог або встановлення та покарання винних осіб. Йдеться про те, що німецькі автори називають непрямий *Drittwirkung* (“права людини у приватній сфері”)²⁷, згідно з яким ‘основні права інших осіб мають поважати як державні органи, так і окремі особи’²⁸. Відповідним принципом розмежування відповідальності держави може бути принцип, який запропонував М. Е. Феррер: захист прав людини повинен бути пропорційний загрозам щодо прав людини²⁹.

Л. Лаврисен пов'язує непрямий горизонтальний ефект прав людини із процесом “конституціоналізації” прав людини³⁰. Зобов'язання держави у цьому контексті вимагають, аби закон (у широкому розумінні) належним чином захищав гарантовані права, а також, щоб був забезпечений ефективний засіб правового захисту у випадку вчинення порушення приватною особою³¹. На первинному рівні цей позитивний обов'язок може бути забезпечений відповідною державою через ухвалення нею достатніх положень національного законодавства, що криміналізують поведінку особи, яка зазіхає на основоположні права інших осіб, гарантовані Конвенцією³².

Більш обтяжлива для держави форма цього позитивного обов'язку вимагає, щоб держава в особі її представників вжила фізичних заходів безпеки стосовно потенційної жертви, щодо якої відомо про наявну за-

²⁵ M Pitkänen, ‘Fair and balanced positive obligations: do they exist?’ (2012) 5 European human rights law review 539.

²⁶ D Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights* (Routledge Research in Human Rights Law 2011) 9.

²⁷ Стосовно “горизонтального ефекту” див.: E Alkema, ‘The third-party applicability or “Drittwirkung” of the European Convention on Human Rights’ in Matscher F and Petzold H (eds), *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda* (1988) 33-45.

²⁸ IACtHR (Advisory Opinion) OC-18/03, 17 September 2003, Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, para. 140.

²⁹ E Ferrer Mac-Gregor, ‘La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana’ (2012) 10 Estudios Constitucionales 158.

³⁰ L Lavrysen, ‘Positive obligations in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights’ [2014] 7(1-2) *Inter-American and European human rights journal* 94, 114.

³¹ Urbaité (n 9) 216.

³² A Mowbray, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human rights law in perspective)* (Hart Publishing 2004) 225.

грозу насильства. Починаючи зі справи “Осман проти Сполученого Королівства”, у п. 116 якої ЄСПЛ заявляє:

<...> позитивні зобов’язання виникають, коли національні органи влади знали або повинні були знати про існування реального і неминучого ризику для життя певної (конкретної) особи і коли їм не вдалося вжити заходів у межах своїх повноважень, які, судячи в межах розумного, можна було б від них очікувати задля уникнення цього ризику³³.

З урахуванням окреслених вище аспектів розуміння позитивних зобов’язань, К. Дроге пропонує розрізнити “горизонтальні” та “соціальні” позитивні зобов’язання³⁴. “Горизонтальні” зобов’язання держави стосуються захисту прав людини між приватними особами³⁵. Натомість “соціальні” зобов’язання не так відтворюють той факт, що позитивні зобов’язки у багатьох розуміннях кореспондують економічним та соціальним правам, які у вузькому сенсі є “матеріальними претензіями до держави” і поступово отримують все більший захист з боку Конвенції, а швидше відображають функцію, на виконання якої спрямовані такі зобов’язання, а саме: забезпечення ‘ефективного користування правами людини у соціальній дійсності’. Такі зобов’язання виступають ‘вимогами особи про допомогу та сприяння з боку держави, щоб зреалізувати свою (його або її) повну автономію та свободу’³⁶.

Ці дві категорії позитивних зобов’язань можуть виникати стосовно майже всіх положень Конвенції і “зв’язувати” всі органи державної влади, тобто законодавчі, виконавчі та судові. Їх виконання може бути забезпечено заявниками шляхом подання індивідуальних скарг, що відповідає індивідуалістичному підходу “Європейської системи прав людини”³⁷ та підтверджує “юстиціабельність” (англ. “*justiciability*”), тобто забезпеченість судовим захистом обох категорій позитивних зобов’язань.

Вказані групи позитивних засобів можуть бути юридичними (наприклад, законодавче закріплення прав людини, встановлення юридичних

³³ Osman v. the United Kingdom. Judgment. 28 October 1998. App. No. 23452/94 <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58257>> (accessed: 11.04.2019).

³⁴ Droge (n 17) 381-2.

³⁵ “Горизонтальні” зобов’язання визнано Судом вперше у справах “Х і У проти Нідерландів” та “Янг, Джеймс і Вебстер проти Сполученого Королівства”, згодом – у справах “Асоціація Лікарі фіур дас Лебен” проти Австрії, Пауелл і Рейнер проти Сполученого Королівства”, “Костелло-Робертс проти Сполученого Королівства”, “Лопес Остра проти Іспанії”, “А проти Сполученого Королівства” або “Осман проти Сполученого Королівства”.

³⁶ “Соціальні” зобов’язання були визнані Судом у справах “Маркс проти Бельгії” та “Ейрі проти Ірландії”. Пізніше такі позитивні зобов’язання з’являються, часто побічно, у справах “Гаскін проти Сполученого Королівства”, “Гюль проти Швейцарії”, “Ахмут проти Нідерландів”, “Д. проти Сполученого Королівства”, “Гуерра проти Італії”, “Ботта проти Італії”, “Л. С. В. в проти Сполученого Королівства”, “Z та інші проти Сполученого Королівства” і в багатьох рішеннях ЄСПЛ та Комісії.

³⁷ Droge (n 17) 382.

вимог для здійснення певної діяльності або нормативна регламентація поведінки певних категорій осіб), чи *практичними* (зокрема, обов'язок держави вжити всіх практичних засобів для запобігання вбивству чи нанесенню тілесних ушкоджень особам, які перебувають під вартою, або запобігти самогубству засуджених).

Серед позитивних зобов'язань держави виділяють *матеріальні* (“*субстантивні*”), які передбачають забезпечення основних засобів, необхідних для повного володіння та користування гарантованими правами людини, наприклад, вимоги щодо належного обладнання закладів пенітенціарної системи, надання затриманим чи ув'язненим особам медичної допомоги тощо, а також *процедурні*, наприклад, проведення ефективного, оперативного та невідкладного розслідування випадків порушення прав людини незалежними компетентними особами³⁸.

Правові підстави позитивних обов'язків держави за Конвенцією: питання легітимності

Хоча низка положень Конвенції прямо вказує на окремі позитивні зобов'язання (див. статті 2, 3, 6 Конвенції, ст. 3 Першого протоколу), доктрина позитивних зобов'язань завдяки *судовому активізму* (англ. “*judicial activism*”) призводить до розширення вимог до діяльності держави у сфері реалізації положень ЄКПЛ. Це обумовлює необхідність визначення *правових підстав позитивних зобов'язань*, передовсім так званих “непрямих” (“передбачуваних”, “потенційних”) зобов'язань (англ. “*implied obligations*”)³⁹, які формуються Судом еволюційним шляхом у результаті динамічної інтерпретації Конвенції у світлі змінюваних соціальних і моральних передумов.

Підсумовуючи правові позиції ЄСПЛ, К. Стармер вказує, що теоретичну основу таких зобов'язань становлять три взаємозв'язані принципи: по-перше, вимога ст. 1 Конвенції, згідно з якою держави зобов'язані *гарантувати* права і свободи, визначені у Конвенції, кожному, хто перебуває під їхньою *юрисдикцією*; по-друге, *принцип ефективності*, адже права за Конвенцією повинні бути не *теоретичними чи ілюзорними, а практичними та ефективними* (справа “*Ейрі проти Ірландії*”⁴⁰); по-третє, принцип, що походить зі ст. 13 Конвенції, за яким у разі спору про порушення конвенційних прав кожному має бути забезпечено право на ефективний національний засіб юридичного захисту⁴¹.

³⁸ Akandji-Kombe (n 22) 16-7; Г Христова, ‘Позитивні зобов'язання держави в сфері прав людини як новий напрям дослідження у вітчизняній теоретичній юриспруденції’ [2012] 2(69) Вісник Академії правових наук України 34-6.

³⁹ Van Dijk (n 24) 18.

⁴⁰ Ейрі проти Ірландії: рішення Європейського суду з прав людини від 9 жовтня 1979 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_332> (дата звернення: 11.04.2019).

⁴¹ Starmer (n 1) 5.

Слід також відзначити сучасну тенденцію, яка окреслилася у нещодавній практиці ЄСПЛ щодо виведення позитивних зобов'язань із “комбінації” конкретних правозахисних положень ЄКПЛ та загального принципу верховенства права (“держави, керованої верховенством права”), який Суд розглядає як один з основоположних принципів демократичного суспільства, природно властивий всім статтям Конвенції.

Відповідно, *легітимність розвитку позитивних зобов'язань* у практиці ЄСПЛ слід розглядати як сукупність формальних, соціальних і нормативних моделей легітимності (англ. “*formal, social and normative legitimacy models*”), оскільки вони є взаємопов'язаними: доктрина позитивних зобов'язань є *формально легітимною*, адже вона розвинута на базі загальних зобов'язань, закріплених у статтях 1 і 13 ЄКПЛ; легітимність також впливає з рішень Суду відповідно до мети Конвенції щодо забезпечення ефективного захисту; *соціальна легітимність* свідчить про високий рівень готовності держав відповідати єдиним вимогам до національної системи захисту; *нормативна легітимність* у цьому контексті пов'язана із просуванням норм, закріплених Конвенцією, дотримуючись європейських стандартів, які впливають із загального консенсусу держав – членів Ради Європи⁴². При цьому, оскільки легітимність юрисдикції Суду залежить від згоди держав, він повинен підтримувати баланс між своєю *креативністю та належною повагою до держав* як головних суб'єктів у визначенні сфери застосування прав, гарантованих Конвенцією⁴³, що актуалізує питання про межі позитивних зобов'язань.

Обсяг та межі позитивних зобов'язань

К. Дроге справедливо зазначає, що передовсім межі позитивних зобов'язань визначаються *принципами та методами тлумачення*, які використовуються юрисдикційними органами⁴⁴. *Принципи ефективності та динамічної інтерпретації* є підставою розвитку позитивних зобов'язань, що впливають із Конвенції, які з часом змінюються і ніколи не залишаються на певному рівні, стаючи ширшими або вужчими. Зі свого боку інші принципи тлумачення ЄКПЛ слугують обмеженню обсягу позитивних зобов'язань. До них належать *принципи історичної інтерпретації* (коли історична воля може бути встановлена й основні обставини не змінилися настільки, щоб зробити цю волю хибною), а також *систематичного тлумачення* норм Конвенції та формулювань її конкретних положень. Позитивні зобов'язання обмежені також ідеєю “єдиного європейського стандарту”, заснованого на консенсусі держав-членів.

⁴² Urbaitė (n 9) 237.

⁴³ Там само 218.

⁴⁴ Droge (n 17) 386.

Обсяг конкретних позитивних зобов'язків відрізнятиметься у зв'язку з різноманітністю ситуацій, що виникають у договірних державах, та варіантів дій, що вони обирають з огляду на складнощі, пов'язані з підтриманням правопорядку в сучасних суспільствах, вибір пріоритетів і наявні ресурси (див. зокрема, справи “*Маіорано та ін. проти Італії*”, п. 105, “*Абдурашідова проти Росії*”, п. 74). Проте такі зобов'язки не можна тлумачити у спосіб, який покладав би на органи державної влади неможливий (нездійснений) або невідповідний (непропорційний) тягар (англ. “*impossible or disproportionate burden*”)⁴⁵.

Як слушно наголошує Л.-А. Сіціліанос, “складнощі”, “непередбачуваність”, “вибір”, “пріоритети” – ці терміни та умови чітко вказують на те, що позитивні зобов'язання є зобов'язаннями засобів (англ. “*obligations of means*”), а не зобов'язаннями результату (англ. “*obligations of result*”)⁴⁶ (див., зокрема, справа “Платформа ‘Лікарі за життя’ проти Австрії”, п. 34), за якими держави повинні намагатися уникати (усувати) або мінімізувати ризики порушень відповідних прав людини, проявляючи “належну сумлінність” (англ. “*due diligence*”). Л. Лаврисон додає, завдяки практиці Міжамериканського суду з прав людини було обґрунтовано внутрішній нерозривний зв'язок між концепцією позитивних зобов'язань та зобов'язаннями “належної сумлінності” (“обачності”, “уваги” – англ. “*due diligence obligations*”)⁴⁷, які передбачають

<...> запобігання, розслідування та покарання за будь-яке порушення прав, визнаних Американською конвенцією про права людини, і, крім того, відновлення (за такої можливості) порушеного права та надання компенсації за завдані збитки внаслідок такого порушення⁴⁸.

Враховуючи обмежений обсяг цієї статті, що не дає нам можливість докладно розкрити типи досліджуваних зобов'язань, а також їхній “загальний та детальний зміст”⁴⁹, наведемо п'ять категорій зобов'язків, що, за підсумком К. Стармера, “покладаються на держави позитивними зобов'язаннями за Конвенцією”⁵⁰. До них належать: вже розглянутий вище зобов'язок запобігати порушенням прав, гарантованих Конвенцією (зобов'язок “превентивних дій” з боку держави, коли є розумні підстави

⁴⁵ Див. більш докладно: справи “*Осман проти Сполученого Королівства*”, “*Елбі та інші проти Сполученого Королівства*”, “*Пол і Одрі Едвардс проти Сполученого Королівства*”, “*Озгюр Гюндем проти Туреччини*” та ін.

⁴⁶ Детальніше див.: Г Христова, “Типи та особливості зобов'язань держави у сфері прав людини” [2018] 4(32) *Jurnalul Juridic National: teorie si practica* 25.

⁴⁷ Lavrysen (n 30) 95.

⁴⁸ IACtHR (Judgment) 29 July 1988, *Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, para. 166.

⁴⁹ Xenos (n 26) 207.

⁵⁰ Starmer (n 1) 159.

очікувати його виконання)⁵¹; обов'язок держави забезпечувати інформування та консультування осіб стосовно порушень прав і свобод, гарантованих Конвенцією⁵²; обов'язок реагувати на порушення прав людини, проводити ефективне розслідування “гідних довір'я” (обґрунтованих) скарг щодо порушень гарантованих Конвенцією прав⁵³; обов'язок забезпечувати індивідів ресурсами, щоб запобігати порушенню їх “конвенційних” прав⁵⁴.

Однак головний позитивний обов'язок держави, як зазначає К. Стармер, полягає у створенні “національної правової рамки” (англ. “national legal framework”), передусім національного законодавства, яке забезпечує ефективний захист прав людини з боку закону (англ. “protection by law”)⁵⁵ (див. докладне аргументування у справі “Х та У проти Нідерландів”). У зв'язку з його виконанням на національному рівні постає важливе юридичне питання, пов'язане з принципом субсидіарності міжнародного права загалом та конвенційних механізмів зокрема⁵⁶, а також принципом державного суверенітету, за яким ухвалення національного законодавства є невід'ємним суверенним правом держави. ЄСПЛ не може “наказати” державам ухвалити той чи інший закон. Він лише формує стандарт (“спільні мінімальні стандарти для забезпечення загальноєвропейської “рамки” національного захисту прав людини”⁵⁷), який вказує передусім на мету, що має бути досягнута згідно з правом Конвенції, а не на засоби її досягнення (тобто конкретні юридичні механізми, які має запровадити держава на національному рівні для виконання свого основного зобов'язання за Конвенцією, викладеного у ст. 1 ЄКПЛ). Ці засоби лишаються переважно у “полі розсуду” (англ. “margin of appreciation”) держави та підлягають оцінці із застосуванням принципу пропорційності.

Застосування принципу пропорційності та доктрини свободи розсуду до позитивних зобов'язань держави

Принцип пропорційності є єдиним легітимним способом підійти до запитань про те, чи існують позитивні зобов'язання, який їхній обсяг і чи держава їх дотримується. Тільки шляхом знаходження “справедливих

⁵¹ Див., наприклад, справи “Осман проти Сполученого Королівства”, “Маркс проти Бельгії”, “Платформа ‘Лікарі за життя’ проти Австрії”.

⁵² Див., наприклад, справу “Гуерра проти Італії”.

⁵³ Див., наприклад, справи “Айдін проти Туреччини”, “Кая проти Туреччини”, “Пол і Одрі Едвардс проти Сполученого Королівства”.

⁵⁴ Див., наприклад, справу “Ейрі проти Ірландії”.

⁵⁵ Див. докладно: L Lavrysen, ‘Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights’ in Haeck Y and Brems E (eds), *Human rights and civil liberties in the 21st century. Ius gentium: comparative perspectives on law and justice* (Springer 2013) 69-129.

⁵⁶ Maringele (n 1) 54-6.

⁵⁷ L Wildhaber, ‘A Constitutional Future for the European Court of Human Rights’ [2002] 23(5-7) *Human Rights Law Journal* 162.

і збалансованих інтерпретацій” (англ. “*fair and balanced interpretations*”) можуть працювати позитивні зобов'язання⁵⁸. Суд вказує, що принципи, які застосовуються до позитивних та негативних зобов'язань держав, є подібними. Незалежно від того, чи справа стосується позитивного обов'язку держави, чи втручання органу державної влади у здійснення певного права, критерії, які використовуються, суттєво не відрізняються. В обох випадках необхідно звертати увагу на досягнення справедливого балансу (англ. “*a fair balance*”) між наявними конкуруючими інтересами (інтересами окремої людини і суспільства загалом)⁵⁹.

Однак М. Клатт у своєму унікальному за методологічним підходом дослідженні, що спирається на засади дискурсивного конституціоналізму Р. Алексі у поєднанні з математичним методом аналізу та логічними прийомами⁶⁰, доводить, що, незважаючи на застосування схожих принципів до оцінки позитивних і негативних зобов'язань, їхня відмінність визначається особливостями внутрішньої структури та її значенням для балансування. Позитивні зобов'язання мають *диз'юнктивну (альтернативну) структуру* (англ. “*disjunctive structure*”), яка відрізняється від *кон'юнктивної структури* (англ. “*conjunctive structure*”) негативних зобов'язань, що демонструє їхню “фундаментальну асиметрію” і не завжди враховується ЄСПЛ.

До прикладу, заборона на вбивство людини передбачає заборону будь-яких дій, спрямованих на вбивство, тоді як зобов'язання порятунку людини не вимагає будь-яких (кожного із. – Г. Х.) заходів порятунку. Радше, в останньому випадку, якщо існує зобов'язання врятувати когось від утоплення, є вільний вибір щодо засобів досягнення результату: особу може бути врятовано, підпливши до неї та підхопивши, або кинувши рятувальний круг, або затягнувши її на човен⁶¹.

Через цю принципову відмінність застосування тесту пропорційності до позитивних зобов'язань має іншу схему, адже обов'язково вимагає оцінки “двох рядків цінностей” (англ. “*two lines of values*”)⁶². Як інтенсивність втручання через ненадання захисту (“незахист”), так і ступінь захисту мають бути оцінені задля визначення, чи було порушено заборону недостатніх засобів або заборону надмірних засобів. К. Дроге підсумовує, що за позитивних зобов'язань тест на пропорційність трансформується таким чином: 1) чи підпадає скарга заявника на невиконання позитивних

⁵⁸ Pitkänen (n 25) 550.

⁵⁹ Див. докладно справи “Соренсен і Расмуссен проти Данії”, “Хаттон та інші проти Сполученого Королівства”, “Кіган проти Ірландії” та ін.

⁶⁰ M Klatt, ‘Positive obligations under the European Convention of Human Rights’ [2011] 71(4) Heidelberg journal of international law 691-718.

⁶¹ Там само 694-5.

⁶² Там само 706.

зобов'язань до сфери дії права; 2) чи мала місце бездіяльність (упущення, англ. “*omission*”) з боку держави; 3) чи ця бездіяльність є співмірною до цілі, на яку вона спрямована⁶³. Таке одноманітне застосування трирівневого тесту сприяло б більшій ясності, прозорості та передбачуваності обсягу позитивних зобов'язань у юриспруденції Суду.

Теорія принципів Р. Алексі дає змогу здійснити *типологію* різних варіантів свободи розсуду та виокремити *три типи поля розсуду держави*, що мають інструментальне значення для виконання державою своїх зобов'язань: 1) поле розсуду у балансуванні (забезпеченні балансу); 2) поле розсуду у виборі засобів; 3) поле розсуду у встановленні “меж” прав⁶⁴. Із цих типів саме *поле розсуду у виборі засобів* виникає тільки за позитивних зобов'язань держави, відповідно, особливо широка свобода розсуду за позитивних зобов'язань стосується саме допустимої межі у виборі засобів.

При цьому Суд не вважає своєю функцією ‘вказувати, а тим більше диктувати, які заходи слід вживати’ (див. справу “*Ейрі проти Ірландії*”, п. 30), а лише оцінює, чи були відповідні заходи *розумними (обгрунтованими), належними та достатніми* для того, щоб гарантувати ефективне здійснення прав, передбачених Конвенцією. У випадках часткового невжиття заходів (неспроможності діяти, англ. “*failure to act*”), Суд визначає, наскільки можливим було здійснення принаймні мінімальних зусиль (“*a minimum effort*”), особливо стосовно абсолютних прав⁶⁵.

Принцип субсидіарності та свобода розсуду держави обумовлюють покладання основної відповідальності за розвиток позитивних зобов'язань держави на національні органи влади. ЄСПЛ визначає *стандарти позитивних зобов'язань* у межах європейського правопорядку, які є юридично обов'язковими для національних правових систем, особливо за умови визнання практики Суду джерелом права. Однак конвенційна система гарантує лише “*мінімальний рівень захисту окремих прав*”, тоді як основна відповідальність за належний та ефективний захист всього спектру прав людини лежить саме на державі. Кожна держава на своєму національному рівні вільна визначати та практично зреалізувати *більш широкий зміст та обсяг позитивних зобов'язань*, що відповідає її пріоритетам, ресурсам і суспільному консенсусу стосовно складних питань моралі та соціально-технічного розвитку.

Висновки. Таким чином, отримані за результатами аналізу основних елементів доктрини позитивних зобов'язань висновки дають змогу вперше запропонувати комплексне *розуміння позитивних зобов'язань*

⁶³ Droge (n 17) 390.

⁶⁴ Klatt (n 60) 715.

⁶⁵ Urbaité (n 9) 217.

держави у сфері прав людини як таких, що становлять юридично обов'язкові вимоги до держави в особі її законодавчих, виконавчих і судових органів запроваджувати та застосовувати прийнятні (розумні, обґрунтовані), належні та достатні заходи матеріального й процесуального, а також юридичного та фактичного характеру, для запобігання порушенням всього спектру прав людини, а також їх ефективного захисту та сприяння реалізації, межі яких визначаються вимогами пропорційності та справедливого балансу інтересів, а також пріоритетами та ресурсами держави за широкої свободи розсуду держави у виборі таких засобів.

Загалом завдяки розвитку та утвердженню доктрини позитивних зобов'язань держави поступово відбувається трансформація розуміння держави від *потенційного порушника прав людини* або *всевладного покровителя* в умовах державного протекціонізму, до *надійного партнера* у всебічному “проактивному” захисті від порушень прав людини з боку представників влади або приватних осіб в обсязі, необхідному для забезпечення або відновлення реальної свободи та автономії особи.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Akandji-Kombe J-F, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe: Human rights handbooks 2007) (in English).
2. Droge C, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention* (Springer 2003) (in German).
3. Letsas G, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press 2007) (in English).
4. Maringele S, *European Human Rights Law. The work of European Court of “Human Rights illustrated by an assortment of selected cases* (Anchor Academic Publishing 2014) (in English).
5. Merrills J G, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester University Press 1993) (in English).
6. Mowbray A, *The development of positive obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights (Human rights law in perspective)* (Hart Publishing 2004) (in English).
7. Shue H, *Basis Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy* (Princeton University Press 1996), <https://doi.org/10.1017/bhj.2016.33> (in English).
8. Starmer K, *European human rights law* (Legal Action Group 1999) (in English).
9. Xenos D, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights* (Routledge Research in Human Rights Law 2011) (in English).
10. De Sal'via M, *Precedenty Evropejskogo Suda po pravam cheloveka. Rukovodjashhie principy sudebnoj praktiki, odnosjashhejsja k Evropejskoj konvencii o zashhite prav cheloveka i osnovnyh svobod. Sudebnaja praktika s 1960 po 2002 g.* [Test Cases of the

European Court of Human Rights. Guidelines for Court Practice Relating to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Case Law Since 1960 to 2002] (Juridicheskij centr Press 2004) (in Russian).

Edited books

11. Alkema E, 'The third-party applicability or "Drittwirkung" of the European Convention on Human Rights' in Matscher F and Petzold H (eds), *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gerard J. Wiarda* (1988) (in English).
12. Hajiyev K, 'The evolution of positive obligations under the European Convention on Human Rights: by the European Court of Human Rights' in Spielmann Dean and Tsirli Marialena and Voyatzis Panayotis (eds), *The European Convention on Human Rights, a living instrument: essays in honour of Christos L Rozakis* (Bruylant 2011) (in English).
13. Lavrysen L, 'Protection by the Law: The Positive Obligation to Develop a Legal Framework to Adequately Protect ECHR Rights' in Haeck Y and Brems E (eds), *Human rights and civil liberties in the 21st century. Ius gentium: comparative perspectives on law and justice* (Springer 2013) (in English).
14. Sicilianos L-A, 'Out of harm's way: positive obligations under Article 2 of the European Convention on Human Rights' in Early Lawrence and Austin Anna (eds), *The rights to life under article 2 of the European convention on human rights. Twenty years of legal development since McCann v. the United Kingdom. In honour of Michael O'Boyle* (Legal Publishers (WLP) 2016) (in English).
15. Starmer K, 'Positive Obligations under the Convention' in Jowell J and Cooper J (eds), *Understanding Human Rights Principles* (Hart Publishing 2001) (in English).
16. Van Dijk P, "Positive obligations" implied in the European Convention on Human Rights: are the States still the "masters" of the Convention?' in Castermans-Holleman Monique and Hoof Fried Van and Smith Jacqueline (eds), *The role of the nation-state in the 21st century: human rights, international organisations and foreign policy: essays in honour of Peter Baehr* (Kluwer Law International 1998) (in English).
17. MakBraid Dzh, 'Pryntsypy, shcho vyznachaiut tлумachennia ta zastosuvannia Yevropeiskoi konventsii z prav liudyny' ['Principles Governing the Interpretation and Application of the European Convention on Human Rights'] v Zhukovska O (red), *Yevropeiska konventsiiia z prav liudyny: osnovni polozhennia, praktyka zastosuvannia, ukraïnskyi kontekst [The European Convention on Human Rights: Basic Provisions, Application Practice, Ukrainian Context]* (VIPOL 2004) (in Ukrainian).

Journal articles

18. Florczak-Wątor M, 'The Role of the European Court of Human Rights in Promoting Horizontal Positive Obligations of the State' [2017] 17(2) *International and Comparative Law Review* 39-53, <https://doi.org/10.2478/iclr-2018-0014> (in English).
19. Gerstenberg O, 'Negative / Positive Constitutionalism, "Fair Balance," and the Problem of Justiciability' [2012] 10(4) *International Journal of Constitutional Law* 904-25, <https://doi.org/10.1093/icon/mor085> (in English).
20. Klatt M, 'Positive obligations under the European Convention of Human Rights' [2011] 71(4) *Heidelberg journal of international law* 691-718 (in English).
21. Lavrysen L, 'Positive obligations in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights' [2014] 7(1-2) *Inter-American and European human rights journal* 94 (in English).
22. Londono P, 'Positive obligations, criminal procedure and rape cases' (2007) 2 *European human rights law review* 161 (in English).

23. Mac-Gregor E F, 'La obligación de "respetar" y "garantizar" los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana' (2012) 10 Estudios Constitucionales 158 (in French).
24. Pitkänen M, 'Fair and balanced positive obligations: do they exist?' (2012) 5 European human rights law review 539 (in English).
25. Tuğba S G, 'Positive Obligations' Doctrine of the European Court of Human Rights: Is it Cogent or Obscure?' [2017] 6(1) European Journal of Multidisciplinary Studies 358-64, <http://dx.doi.org/10.26417/ejms.v6i1.p358-364> (in English).
26. Urbaitė L, 'Judicial activism in the approach of the European Court of Human Rights to positive obligations of the state' (2011) 11 Baltic yearbook of international law 220, <https://doi.org/10.1163/22115897-90000073> (in English).
27. Wildhaber L, 'A Constitutional Future for the European Court of Human Rights' [2002] 23(5-7) Human Rights Law Journal 162 (in English).
28. Khrystova H, 'Do pytannia pro formuvannia doktryny pozytyvnykh zobov'iazan derzhavy u sferi prav liudyny' ['More on Forming the Doctrine of the State's Positive Obligations in the Human Rights Domain'] (2013) 2 Filosofiia prava i zahalna teoriia prava 124-34 (in Ukrainian).
29. Khrystova H, 'Pozytyvni zobov'iazannia derzhavy v sferi prav liudyny yak novyi napriam doslidzhennia u vitchyzniani teoretychnii yurysprudentsii' ['Positive Obligations of the State in the Human Rights Domain as a New Research Area in the National Theoretical Jurisprudence'] [2012] 2(69) Visnyk Akademii Pravovykh Nauk Ukrainy 34-6 (in Ukrainian).
30. Khrystova H, 'Typy ta osoblyvosti zobov'iazan derzhavy u sferi prav liudyny' ['Types and Special Features of the State's Obligations in the Human Rights Domain'] [2018] 4(32) Jurnalul Juridic National: teorie si practica 25 (in Ukrainian).
31. Shevchuk S, 'Kontsepsiia pozytyvnykh obov'iazkiv derzhavy u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny' ['The Concept of the State's Positive Obligations in the Case Law of the European Court of Human Rights'] (2010) 2 Pravo Ukrainy 55-64 (in Ukrainian).

Conference materials

32. Arnold R, 'Pryiednannia Yevropeiskoho Soiuzu do Yevropeiskoi konventsii pro zakhyst prav liudyny ta osnovopolozhnykh svobod i naslidky toho kroku dlia sytuatsii v haluzi osnovnykh prav u Yevropi' ['Accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Implications of This Step for the Situation with the Fundamental Rights in Europe'] v *Zakhyst prav liudyny orhanamy konstytutsiinoi yustytzii: mozhyvosti i problemy individualnoho dostupu: materialy mizhnarodnoi konferentsii* [Human Rights Protection by Constitutional Justice Bodies: Opportunities and Challenges of Individual Access: Materials of the International Conference] (Lohos 2011) (in Ukrainian).

Ganna Khrystova

THE DOCTRINE OF STATE POSITIVE OBLIGATIONS
IN THE HUMAN RIGHTS DOMAIN:
KEY ASPECTS OF UNDERSTANDING

ABSTRACT. Today, the State's positive obligations are essential to international, especially European human rights law, and comprise a part of the well-established apparatus of

Ганна Христова

categories of the Western jurisprudence, at the same time remaining scantily explored by the Ukrainian science. However, this structure is gradually but surely finding its way into the national legislation and judicial practice of Ukraine, including constitutional jurisprudence. This calls for a comprehensive understanding of positive obligations as a conceptual framework for legal assessment of the efficiency of the State policies in the human rights domain.

The purpose of the article is to define the basic elements of the doctrine of the State's positive obligations, and also to highlight the understanding and special nature of such obligations, to outline the content, scope and boundaries, to mark out the types of positive obligations which consolidate the existing diversity, as well as the structures thereof in comparison with negative obligations and in combination with other doctrinal approaches which have been established through "the law of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms" (hereinafter – the Convention).

It is established that evolution of positive obligations under the Convention fits organically into the broader evolution context in the human rights domain, thus reflecting the general trends of transition from exclusively negative obligations to "multidimensional rights" comprising both negative and positive requirements. The author offers a substantiation for the understanding of the State's positive obligations in the human rights domain as those constituting legally binding requirements to the State, which is represented via its legislative, executive and judicial bodies, to introduce and apply efficient measures of substantial and procedural, as well as legal and factual nature, with a view to preventing violations of the entire range of human rights by representatives of public authorities or individuals, also with the aim of protecting them and facilitating the implementation thereof.

With due regard for the standards of positive obligations developed by the European Court of Human Rights, the author proves that the principles of efficiency and dynamic interpretation lay the basis for the development of positive obligations. For their part, principles of historical interpretation and systematic construing of the canons of the Convention and the wording of its specific provisions, and also the idea of "the common European standard" underlain by the consensus of the Member States reasonably limit judicial activism. Such obligations may not be interpreted in the manner which would lay an impossible or disproportionate burden on public authorities. Having a disjunctive (alternative) structure, positive obligations provide for a particularly broad discretion of the State in choosing the means. At the same time, the measures taken should be reasonable (have proper substantiation), appropriate and sufficient, and should be assessed by the Court with the use of the principle of proportionality and fair balance of interests.

The principle of subsidiarity and the freedom of the State's discretion are the key for making national authorities primarily responsible for the development of positive obligations, and such authorities, taking into account the priorities and resources of the State, should ensure that the appropriate legislation ("the national legal framework") be adopted and the efficient means of national protection be introduced as needed to ensure the real freedom and the autonomy of an individual.

KEYWORDS: human rights; positive obligations; judicial activism; efficiency; proportionality; freedom of discretion.

www.pravoua.com.ua

ПРАВО

УКРАЇНИ