



Іван Ліщина

заступник Міністра юстиції України –
Уповноважений у справах
Європейського суду з прав людини,
заслужений юрист України
(Київ, Україна)
ivan.lishchina@gmail.com

УДК 341.64:347.23

ПОРУШЕННЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ЗАКОНОДАВЧИМИ АКТАМИ, ПРИЙНЯТИМИ В РАМКАХ СОЦІАЛЬНО-ЕКОНОМІЧНОЇ ПОЛІТИКИ ДЕРЖАВИ. ПОГЛЯД ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

АНОТАЦІЯ. У статті вивчається розвиток практики Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ або Суд) стосовно скарг заявників на втручання держав у їхні права, передбачені ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Р1-1), через прийняття законів, якими вони позбавлялися майна, або якими встановлювалися обмеження щодо володіння, користування або розпорядження майном, або відбувалося втручання у господарську діяльність заявників.

Стаття досліджує розвиток і сучасний стан практики ЄСПЛ щодо порушення права власності через запровадження заходів, що, на думку держав, мають захищати загальний інтерес. Дослідження має на меті встановлення основних факторів, які ЄСПЛ бере до уваги при розгляді справ зазначеної категорії, аналіз таких рішень, ухвалених проти України, та вироблення пропозицій для запобігання ризику прийняття рішень, що можуть бути визнані ЄСПЛ такими, що порушують Р1-1 у майбутньому.

Сьогодні ЄСПЛ ухвалив тільки два рішення щодо порушення Україною Р1-1 через прийняття законодавчих актів, які непропорційним чином втручаються у право власності. Загальна сума витрат, пов'язана з такими рішеннями – близько 0,5 млн євро – є відносно невеликою, порівняно з потенційними сумами сатисфакції, які ЄСПЛ міг би присудити в цих справах. Але ризик виникнення нових рішень ЄСПЛ проти України у цій категорії справ залишатиметься високим доти, доки в процедурі законотворчої діяльності існує прогалина в оцінці ризиків порушення відповідною політикою майнових прав приватних осіб. З огляду на це вважаємо за необхідне запропонувати значно підсилити експертний аналіз законопроектів саме з точки зору можливих порушень майнових прав приватних осіб у разі прийняття того чи іншого законопроекту. Такий аналіз має включати як суто правову оцінку запропо-

нованого заходу крізь призму ст. 41 Конституції України, Р1-1 та відповідних угод про взаємний захист інвестицій, так і фінансово-економічну оцінку, зокрема потенційних витрат держави на виплати за рішеннями ЄСПЛ і міжнародних інвестиційних арбітражів.

Ключові слова: стаття 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; мирне володіння майном; контроль за користуванням майном; компенсація; регулювання бізнесу.

Ця стаття є завершальною в циклі статей щодо порушення Україною ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Р1-1 та Конвенція відповідно)¹.

У ній вивчається розвиток практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ або Суд) стосовно скарг заявників на втручання держав у їхні права, передбачені Р1-1, через прийняття законів, якими вони позбавлялися майна, або якими встановлювалися обмеження щодо володіння, користування або розпорядження майном, або відбувалося втручання у господарську діяльність заявників².

Зокрема, стаття вивчає: обставини підготовки та прийняття тексту Р1-1, який значним чином і свідомо обмежує контроль ЄСПЛ за соціально-економічною політикою держав; розвиток практики Суду, яка поступово, обережними кроками, розширювала розуміння права власності та, відповідно, захист приватних осіб від необґрунтованого втручання з боку держави в їхнє мирне володіння майном через прийняття законодавчих актів; переломлення практики ЄСПЛ у цій сфері щодо України.

У тексті посилання на рішення ЄСПЛ робиться у формі, яку використовує сам Суд. Після того як рішення згадано в статті перший раз, воно в подальшому описується одним іменем заявника виділеним курсивом. Якщо після цитати ЄСПЛ зазначаються пункти рішення, мається на увазі останнє згадане рішення перед відповідною цитатою.

¹ Попередні статті циклу див.: І Ліщина, 'Скасування державою права власності: погляд Європейського суду з прав людини' (2017) 3 Вісник Національної академії прокуратури України 5–11; І Ліщина, 'Скасування остаточних судових рішень як порушення права власності у практиці Європейського суду з прав людини та сучасний стан проблеми в українському судочинстві' (2019) 11 Право України 256–71; І Ліщина, 'Проблема невиконання судових рішень як порушення права власності у практиці Європейського суду з прав людини. Український аспект. Від Hognsby до Ivanov' (2020) 3 Право України 233–55; І Ліщина, 'Проблема невиконання судових рішень як порушення права власності у практиці Європейського суду з прав людини. Український аспект. Від Ivanov до Burmych' (2020) 4 Право України 189–215; І Ліщина, 'Втручання у право власності фіскальними заходами. Підходи та практика Європейського суду з прав людини (продовження статті у наступному номері журналу)' (2020) 5 Право України 207–34; І Ліщина, 'Втручання у право власності фіскальними заходами. Підходи та практика Європейського суду з прав людини (продовження статті, опублікованої у № 5/2020)' (2020) 6 Право України 210–33.

² Стаття не розглядатиме загальних заходів у межах фіскальної політики та такі, що забороняють чи ускладнюють виконання судових рішень, які були достатньо висвітлені в попередніх статтях циклу.

Оригінальний текст ст. 1 Першого протоколу

Якщо подивитися на текст Р1-1, то перше, що впадає в очі, це низка відмінностей з іншими статтями Конвенції³.

По-перше, ця стаття міститься не в основному тексті Конвенції, а в Першому протоколі до нього, незважаючи на те що ще в першому проєкті того, що згодом стане Конвенцією, який було підготовлено Міжнародною юридичною секцією Європейського руху у 1949 р., було передбачено “свободу від безпідставного позбавлення власності”.

По-друге, у тексті відсутнє посилання на справедливий баланс інтересів між приватною особою, в чії права втручається держава, та загальними інтересами. Всі права зосереджені в першому абзаці, перше речення якого передбачає загальну декларативну норму, а друге забороняє позбавлення майна, якщо воно не має мети захисту інтересів суспільства та є незаконним і... все. В інших статтях після законної мети та законності заходу йде справедливий баланс.

Наприклад, у ст. 8 Конвенції після викладення самого права в першому абзаці йде другий абзац: *‘органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання <...> є необхідним у демократичному суспільстві <...>’*. Ось це “є необхідним в демократичному суспільстві” й встановлює необхідність балансу інтересів між особою, чие право захищається, та суспільством, яке представляє держава. Нічого подібного, як ми бачимо, в Р1-1 немає.

По-третє, в жодній іншій статті Конвенції немає такого жорсткого обмеження повноважень Суду щодо розгляду скарг на порушення відповідного права, які містяться в абзаці другому Р1-1 *‘попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне щоб здійснювати контроль за користуванням майном’*. Жодна інша стаття не встановлює такої “індульгенції” державі регулювати право як їй заманеться, як регулювання (“контроль” – це запозичення з англійського тексту Конвенції, у французькому варіанті використовується слово “*réglementer*”, тобто “регулювання”, яке очевидно ближче українській правовій культурі) користуванням майном. Інакше кажучи, якщо захід не позбавляє особу майна, то держава не обмежена у своєму втручанні у право власності у форму регулювання.

Виділяють дві теорії права власності як публічно-правового права, тобто як захисту від втручання держави: ліберальну та соціал-демократичну. Ліберальна виходить із того, що володіння власністю є природним правом людини, обмежене тільки правами інших. Втручання держави в приватну власність є виключенням, можливим в обмеженому переліку випадків та має супроводжуватися компенсацією ринкової вар-

³ Див.: Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 20 березня 1952 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text> (дата звернення: 21.01.2021).

тості майна, яке було відібрано⁴ в особи. Будь-яке обмеження свободи користуватися, володіти або розпоряджатися майном, зокрема обмеження законної господарської діяльності, становить втручання у природні права особи, яке вимагає відповідних підстав і компенсації.

Для соціал-демократа втручання держави у власність є нормою в рамках державної політики, направленої на досягнення соціально важливих цілей. При цьому право на компенсацію є близьким до інших соціально-економічних прав, таких як право на пенсію. Тобто розмір компенсації має бути достатнім для задоволення побутових потреб людини, але не повинен бути надмірним. Розмір компенсації визначається багатьма факторами (важливість публічного інтересу, наявність у держави коштів, необхідність залучення приватних інвестицій тощо), але в будь-якому разі буде нижчим за ринкову вартість. Зокрема, при цьому підході вважається несправедливим, якщо власник при експропріації нерухомості може отримати від громади вартість, додану до вартості майна зусиллями самої громади, наприклад щодо розвитку прилеглої території (ремонт шляхів, утворення парків тощо) або отриману в результаті спекулятивного зростання ціни чи інших суб'єктивних факторів⁵. Обмеження права власності, що не досягають рівня експропріації, є частиною нормальної діяльності держави та не потребують будь-якої компенсації.

Відразу після закінчення Другої світової війни в більшості держав, які згодом сформуєть першу Раду Європи, до влади приходять соціал-демократичні партії, які починають впроваджувати програми з перебудови своїх країн, які включають націоналізацію майна за, як правило, компенсацію власникам нижче ринкової. Наприклад, у Великій Британії Закон 1947 р. про міське та сільське планування передбачав, що відшкодування за експропрійоване майно розраховується як “вартість користування” (яка була нижчою за ринкову) на момент прийняття цього закону⁶. Інакше кажучи, компенсація не брала до уваги зростання ринкової ціни, що відбулося після прийняття закону.

Тому на момент початку розроблення Конвенції, соціально-демократичне розуміння власності мало неабиякий вплив на учасників її проектування. Зокрема, розглядаючи питання включення права власності в Конвенцію, деякі делегати зазначали, що ‘немає причини розрізняти між правом володіти майном та іншими соціальними та економічними правами, і тому було б краще виключити його з гарантій [Конвенції],

⁴ Тут і далі слова “експропріація”, “позбавлення майна” та “відібрання майна” використовуються як взаємозамінні. Якщо існує якась різниця між ними, вона не є важливою для цілей цієї статті.

⁵ Tom Allen, ‘Liberalism, social democracy and the value of property under the European Convention on Human Rights’ [2010] 59 (4) International and comparative law quarterly 1056–60.

⁶ Ibid 1061.

бо вони в принципі не покривають такі права⁷. Інші, навіть більш відверто, зазначали, що

неможливо надати будь-якій міжнародній організації права захищати право володіти власністю, тому що буде неможливо надати такій організації можливість оцінювати законність стягнень та обмежень різних видів, які, відповідно до економічних або соціальних умов кожної країни, можуть застосовуватись до приватної власності, у зв'язку з її соціальною функцією або для загального використання⁸.

Утім, більшість делегатів вважали, що, зважаючи на 'важливість, яку відіграє власність у забезпеченні незалежності особи та родини', це право необхідно включити в Конвенцію⁹.

Але спори щодо формулювання права власності не дали можливості включити його в оригінальний текст Конвенції. Зокрема, представник Ірландського уряду Ш. МакБрайд вказав на те, що право власності мало бути включеним до Конвенції. Однак, розуміючи необхідність швидкого прийняття Конвенції в цілому, він був готовий голосувати за неї в тому вигляді, в якому вона була підготовлена Конференцією, але за умови, що підготовка доповнень до неї, які будуть включати право власності, розпочнеться негайно після її прийняття¹⁰.

Незважаючи на численні спроби делегатів вписати в текст Р1-1 принцип компенсації, представники лейбористського уряду Великої Британії не погодилися на жоден із цих варіантів¹¹. Як зазначено в коментарі Генерального Секретаріату від 18 вересня 1951 р. до проєкту Р1-1, який згодом буде прийнятий без змін,

було багато обговорень чи має він [текст] встановлювати, що 'ніхто не може бути позбавлений майна окрім <...> за умови компенсації'. Більшість урядів якийсь час підтримували таке положення. Інші уряди, однак, не могли його прийняти, вважаючи, що не можна буде сформулювати цей принцип таким чином, щоб його можна було застосовувати до різноманітних випадків, які можуть виникнути, і вони не могли визнати, що рішення, прийняті з цього приводу компетентними національними органами, можуть переглядатись міжнародним органом¹².

⁷ Travaux Préparatoires to the Convention. Article 1 of Protocol 1 CDH (76) 36. P. 4.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ W A Schabas, 'Ireland, European Convention on Human Rights and Personal Contribution of Sean McBride' in *Human Rights, Democracy and Transition: Essays in Honour of Stephen Livingstone* (Oxford University Press 2006) 291.

¹¹ Travaux Préparatoires to the Convention. Article 1 of Protocol 1 (n 7) 131.

¹² Ibid 157.

Тому кінцевий варіант тексту відтворює саме соціал-демократичне розуміння права власності, залишаючи ЄСПЛ повноваження переглядати тільки наявність публічного інтересу й законність позбавлення майна та прямо забороняючи будь-який перегляд заходів регулювання власності. Як зазначає Т. Аллен, єдиним помітним елементом лібералізму в Р1-1 є тільки сам факт її прийняття¹³.

*Формування Судом сучасного тлумачення
права на мирне володіння майном*

Маючи такі значні обмеження своїх повноважень щодо права власності, ЄСПЛ до кінця 1970-х років не розглянув жодної справи щодо Р1-1 по суті. Вперше він розглянув це питання по суті в рішенні 1978 р. у справі *Handyside v. the United Kingdom*¹⁴. Вона стала першою та останньою, в якій ЄСПЛ застосував Р1-1 у його прямому текстуальному значенні.

Справа стосувалася конфіскації та знищення друкованої продукції, яка, як вважали органи влади, мала непристойний вміст. ЄСПЛ встановив порушення ст. 10 Конвенції (“Право на свободу слова”), але не Р1-1. Суд встановив, що конфіскація та знищення майна відбулося у межах кримінального процесу, тому застосуванню підлягає не перший, а другий абзац Р1-1 (тезис, з яким імовірно за все погодився б і сучасний ЄСПЛ). Далі ЄСПЛ пише: ‘<...> на відміну від п. 2 ст. 10 Конвенції цей абзац встановлює, що Держави-Учасниці є єдиними суддями наявності “необхідності” втручання. Відповідно, Суд має обмежити себе перевіркою законності та мети обмеження’ (п. 62). Встановивши факт законності заходу та наявності законної мети, Суд зупинився у своєму аналізі та не визнав порушення Конвенції.

Цікаво, що рішення про відсутність порушення Р1-1 Суд ухвалив одностайно, але суддя М. Зейка написав особливу думку, в якій зазначив, що погоджується із загальним висновком по Р1-1, але вважає, що застосуванню підлягає перший, а не другий абзац Р1-1. У подальшій практиці Суд продовжив розглядати конфіскацію у межах кримінального процесу як елемент контролю за власністю по другому абзацу Р1-1¹⁵, тому в цій частині суддя, напевно, не мав рації. Але він слушно зазначив, що вправа, яку виконав Суд, встановлюючи законність заходу та наявність законної мети, притаманна у тексті Р1-1 саме першому, а не другому абзацу. Тобто, якщо чітко слідувати тексту Р1-1, Суд мав взагалі зупинитися на реченні про державу як єдиного суддю необхідності заходів за п. 2 Р1-1.

Як би там не було, якщо б Суд залишився на цій позиції й у подальшому, Р1-1, напевно, чекала б доля ст. 2 Р1-1 (“Право на освіту”) щодо

¹³ Allen (n 5) 1064.

¹⁴ *Handyside v. the United Kingdom* 7 December 1976, Series A no. 24.

¹⁵ Див., наприклад: *AGOSI v. the United Kingdom*, judgment of 24 October 1986, Series A no. 108, § 51.

якої за всі роки існування ЄСПЛ він ухвалив рішення про порушення у 23 справах і практично в усіх у зв'язці зі ст. 14 (“Заборона дискримінації”).

Але у 1982 р., лише через чотири роки після *Handyside*, Суд у справі *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* повністю змінює парадигму розуміння Р1-1. Це рішення слушно називають справжньою революцією у сфері захисту права власності¹⁶.

Справа стосувалася дозволу муніципального органу на експропріацію земельних ділянок і будинків на них, що належали заявникам. Цей дозвіл прямо не обмежував прав заявників щодо їхнього майна, але значно знижував його ринкову вартість. Також до обох ділянок застосували “заборону будівництва”. Обидва заявники звернулися по часткову зміну заборони з метою поліпшити свої будинки. Ці заяви були задоволені. Загалом дозвіл та заборона застосовувалися до ділянки першого заявника 24 та 22 роки відповідно, а до ділянки другого заявника – 8 та 20 років відповідно.

Розглядаючи цю справу, Суд заклав дві важливих позиції. По-перше, у п. 61 рішення він встановив, що ст. 1 Р1-1

включає три чітких норми. Перша, яка є загальною за своїм характером, стверджує принцип безперешкодного користування власністю; він виражений у першій фразі першого абзацу. Друга норма стосується позбавлення майна та встановлює для цього низку умов; вона є наведеною у другій фразі того ж абзацу. Третя норма визнає за державами-учасницями право контролювати використання власності відповідно до інтересів суспільства, приймаючи такі закони, які вони вважають за необхідне задля цієї мети; ця норма міститься у другому абзаці¹⁷.

Отже, замість одного правила та одного виключення Суд побачив у Р1-1 три “правила”, точніше форми (або ступеня) втручання у право власності, кожен із яких (а не тільки позбавлення – правило друге) підлягає нагляду з боку ЄСПЛ.

По-друге, ЄСПЛ встановив у п. 66 рішення застосовність принципу балансу інтересів між вимогами загального інтересу громади та необхідністю захищати фундаментальні права особи від втручання у мирне володіння майном. Аргументація Суду щодо цього висновку є дуже короткою і міститься в одному реченні: “пошук цього балансу притаманний Конвенції в цілому та відображений у структурі” Р1-1. Щодо першого твердження, то воно є дуже спірним: Преамбула Конвенції не містить посилай на будь-який баланс і в її складі є низка статей, щодо яких баланс не допускається, наприклад, ст. 3 Конвенції (“Захист від катувань”) або ст. 2 Р1-1 (“Право на освіту”). Щодо другого твердження, то незрозуміло,

¹⁶ J-P Marguenaud, *La Cour européenne des Droits de l'Homme* (Daloz 2005) 118.

¹⁷ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, § 61.

де саме в структурі P1-1 ЄСПЛ побачив принцип пропорційності, зважаючи на те, що стаття навмисно не містить посилань на нього.

Цікаво, що у складі Суду, який ухвалив рішення у *Sporrong* п'ятеро з дев'ятнадцяти суддів ухвалювали рішення у справі *Handyside*, в якій, нагадаю, рішення про відсутність порушення P1-1 приймалося одностайно. Тому вкрай маловірогідно, що вони могли забути про своє рішення, прийняте всього на чотири роки раніше. Однак рішення *Sporrong* взагалі не посилається на *Handyside*. Замість цього Суд веде себе так, нібито розповсюдження його контролю на абзац другий P1-1 (регулювання майна) або наявність вимоги пропорційності в P1-1 є самоочевидними фактами. Вочевидь, у якийсь момент у середині ЄСПЛ було прийнято рішення надати праву власності ефективного захисту, незважаючи на прямі приписи у тексті P1-1.

Утім, *Sporrong and Lönnroth*, хоч і переробляє значним чином положення P1-1, не зачіпає загальних заходів у межах соціальної й економічної політики, чого найбільше побоювалися делегати при розробленні тексту P1-1. Але вже в наступному рішенні у справі *James and Others v. the United Kingdom*¹⁸ ЄСПЛ зробить саме це.

У справі *James* Суд розглянув заяву колишніх власників нерухомості, які були зобов'язані продати своє майно довгостроковим орендарям на підставі спеціального закону, прийнятого Парламентом. При цьому при розрахунку ціни такого продажу законом було виключено ціну будівель. Таким чином, власники отримували ціну ділянки без домівок, які були на них збудовані. Пояснювалося це тим, що власники не мали “морального права” отримати ціну будівель, бо за умовами оренди, орендарі або їхні пращури збудували ці будинки або підтримували їх своїм коштом у відповідному стані і таким чином вже виплатити власникам їхню ціну¹⁹.

У цьому рішенні Суд повністю знімає обмеження на його повноваження, встановлені в оригінальному тексті P1-1. Він відтворює в § 37 позицію з *Sporrong* щодо трьох правил та кваліфікує дії держави як “позбавлення” у розумінні “другого правила” або другого речення першого абзацу P1-1 (незважаючи на те що держава в цій схемі майна не отримувала). Також Суд підтримує в § 50 застосування до права власності принципу пропорційності. Причому в обґрунтування цього він посилається на своє рішення у справі *Ashingdane*, яке взагалі не стосувалося права власності.

Іронія цього посилання полягає у тому, що § 57 *Ashingdane*, на який посилається *James*, вводить принцип пропорційності у ч. 6 Конвенції²⁰, яка взагалі цього принципу не містить. Але обмежує дію цього принципу правом на доступ до суду, яке також не передбачено в ст. 6 і було

¹⁸ *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, Series A no. 98.

¹⁹ *Ibid* § 20–26.

²⁰ *Ashingdane v. the United Kingdom*, 28 May 1985, § 57, Series A no. 93.

додано до права на справедливий суд практикою ЄСПЛ у рішенні *Golder v. the United Kingdom*²¹.

Можливо, що ЄСПЛ цим посиланням натякав на широту своїх повноважень у тлумаченні Конвенції, включаючи розширення дії статей Конвенції на права, які прямо в ній не передбачені, та застосування принципу пропорційності навіть там, де Конвенція на нього не посилається. Однак цікавим є те, що в *Ashingdane* принцип пропорційності застосовано для обмеження права на доступ до суду (“право на доступ до суду не є абсолютним”), а в *James*, навпаки, розширює право власності ширше за критерії законності та законної мети, які передбачені в P1-1.

Проте Суд на цьому не зупиняється. Параграф 54 *James* заслуговує на те, щоб бути процитованим повністю:

Перше питання, яке виникає, це чи доступність і розмір компенсації є істотними обставинами, що мають стосунок до другого речення першого абзацу статті 1, зважаючи на те, що текст цього положення нічого про це не каже. Комісія, з якою погодились заявник та Уряд, читає статтю 1 як таку, що в цілому [мовчазно] передбачає вимогу сплати компенсації як необхідну умову відібрання майна в будь-кого, хто перебуває під юрисдикцією Держави-Учасниці.

Суд, як і Комісія, зазначає, що в правових системах Держав-Учасниць відібрання майна для задоволення публічного інтересу без сплати компенсації вважається виправданим тільки у виключних обставинах, які не мають стосунку до справи. Що стосується статті 1, захист права власності буде ілюзорним та неефективним за відсутності еквівалентного принципу. Очевидно, що умови компенсації є істотними для оцінки, чи є оспорюване законодавство таким що дотримується справедливого балансу між різними інтересами, які мають значення і, особливо, чи не покладає воно непропорційний тягар на заявника.

Суд також приймає висновок Комісії щодо стандарту компенсації: відібрання майна без сплати суми, що обґрунтовано прив'язаний до її вартості, як правило, становитиме непропорційне втручання, яке могло б вважатись виправданим за статтею 1. Утім, стаття 1 не гарантує повної компенсації у всіх випадках. Законні цілі “публічного інтересу”, як і економічні реформи або заходи, спрямовані на досягнення більшої соціальної справедливості, можуть вимагати компенсацію, меншу ніж повна ринкова вартість²².

Цей пасаж потребує кількох коментарів. По-перше, як видно з наведеного тексту, Суд чітко розумів, що в тексті P1-1 немає посилання на компенсацію. Він обґрунтовує необхідність додання цієї вимоги до тесту на пропорційність заходу трьома аргументами: а) згодою Уряду на те, що

²¹ *Golder v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Series A no. 18.

²² *James and Others* (n 18).

P1-1 має передбачати компенсацію за позбавлення майна; б) наявність загального консенсусу серед держав – членів Конвенції щодо необхідності компенсації; в) неефективність та ілюзорність права власності, якщо наявність компенсації не є обов’язковим елементом оцінки пропорційності експропріації.

Щодо згоди Уряду на те, що компенсація презюмується частиною P1-1, то не дуже зрозуміло, коли саме Уряд висловив цю позицію. Із рішення Європейської комісії з прав людини²³ про передання справи на розгляд ЄСПЛ 1983 р.²⁴, а також із доповіді Комісії 1984 р.²⁵ вбачається, що Уряд Великої Британії спростовував застосування принципу компенсації до оцінки експропріації майна громадян Великої Британії за P1-1, активно посилаючись при цьому на *Travaux Préparatoires*. Можливо, що він висловив іншу позицію в поданні до Суду від 14 грудня 1984 р. або на слуханнях справи 23–24 вересня 1985 р., але якщо це так, то Уряд мав кардинально змінити свою позицію у цьому питанні.

Що стосується посилання на загальну практику країн Ради Європи щодо сплати компенсації за відібрання майна, то в світлі цього аргументу важко погодитися з Т. Алленом, що Суд ‘ніколи не пояснив, чому він [додав до P1-1 вимогу компенсації за позбавлення майна], окрім короткого посилання на ілюзорні та неефективні права. Він ніколи не заявляв, наприклад, що його позиція є результатом еволюційного або динамічного тлумачення²⁶. Як видно з наведеного тексту, Суд чітко розумів, що в тексті P1-1 немає посилання на компенсацію і вважав за необхідне додати цю вимогу, вказуючи на, зокрема, наявність консенсусу між державами – членами Конвенції щодо необхідності відшкодування за відібрання майна.

Нагадаємо, що в класичному прикладі динамічної інтерпретації Конвенції у рішенні у справі *Marckx v. Belgium*, Суд в обґрунтування розвитку тлумачення ст. 8 Конвенції посилається на зміни в законодавстві більшості країн Ради Європи як на підставу такої еволюції в розумінні права на повагу до сімейного життя²⁷. Так, дійсно, ЄСПЛ у *James* не каже, що консенсус щодо компенсації за експропріацію в законодавстві країн Ради Європи є новелою, що не існувала на момент розроблення Конвенції, але це не зменшує ваги цього аргументу та його застосовність саме в межах еволюційної інтерпретації Конвенції.

²³ Фільтраційний орган, що існував на той час, який, поруч із відповідним урядом, мав право на передання справ на розгляд ЄСПЛ.

²⁴ *James and Others v. the United Kingdom*, Commission decision of 28 January 1983, D.R. 30, p. 30.

²⁵ *J.N.C. James and Others against the United Kingdom*, Application no. 8793/49, Report of the Commission of 11 May 1984, Series B, no. 81.

²⁶ Allen (n 5) 1055.

²⁷ *Marckx v. Belgium*, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 19, § 41 (справа стосувалася різниці в державній реєстрації новонародженої дитини поза шлюбом, порівняно з дитиною, народженою у шлюбі. Суд погодився з урядом, що на момент прийняття Конвенції така різниця сприймалась як обґрунтована в більшості країн Ради Європи, але на момент розгляду справи законодавство більшості країн Ради Європи змінилося на користь зрівняння статусів таких дітей).

Щодо необхідності забезпечити ефективний і неілюзорний захист права власності, то Суд використовував цей аргумент у близький часовий проміжок для розширення своєю практикою Конвенції, пристосовуючи її до ефективного захисту прав людини в нових умовах. Зокрема, аналогічне обґрунтування міститься у рішенні *Hornsby v. Greece*, в якому ЄСПЛ встановлює право на виконання судового рішення у ст. 6 Конвенції, яка не містить цього права і його важко вивести з оригінального тексту статті²⁸, та в *McCann and Others v. the United Kingdom*, в якому ЄСПЛ “вписує” у текст ст. 2 Конвенції, яка передбачає право на життя виключно в матеріально-правовому сенсі (заборону довільного відібрання життя), процедурний аспект (право на розслідування випадків втрати життя)²⁹.

Отже, в *James* Суд дуже чітко розуміє, що він розширює право власності порівняно з текстом Конвенції та надає обґрунтування для цього, які загалом відповідають його практиці в аналогічних випадках по інших статтях Конвенції.

По-друге, всі міркування щодо включення або не включення вимоги компенсації в друге правило P1-1, зокрема при розробленні Конвенції, зосереджувалися загалом на самому факті існування цього принципу в контурі статті. Але Суд в § 54 *James*, дотримуючись, здається, підходу “згорів сарай, гори і хата” додає до нього також стандарт розміру компенсації. Причому компенсація, вважає ЄСПЛ, має бути обґрунтовано прив’язана до його “вартості”, а під “повною компенсацією” він розуміє ринкову вартість майна.

По-третє, відтворивши майже повністю ліберальне розуміння права власності, ЄСПЛ у кінці § 54 робить реверанс у бік соціал-демократів. Він вказує, що P1-1 у новій інтерпретації не вимагатиме повної компенсації в усіх випадках: якщо загальний інтерес, який має на меті відповідний захід, є достатньо важливим, наприклад, економічна реформа або встановлення соціальної справедливості, компенсація може бути меншою за ринкову вартість експропрійованого майна.

Тобто в *James* фактично Суд робить саме те, чого так побоювалися делегати від, зокрема, Великої Британії при розробленні P1-1: він розглядає пропорційність загального заходу соціально-економічної політики держави загалом через призму права на відшкодування за експропрійоване майно та, ба більше, оцінює його розмір при оцінці пропорційності заходу.

²⁸ *Hornsby v. Greece*, judgment of 19 March 1997, Reports 1997-II, pp. 510-11, § 40: ‘Однак це право [на доступ до суду] було б ілюзорним, якщо б національні правові системи Держав-Учасниць дозволяли остаточним та обов’язковим судовим рішенням залишатись незастосовними на шкоду однієї зі сторін’.

²⁹ *McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, pp. 45–46, § 161: ‘Суд обмежить себе <...> вказівкою на те, що загальна заборона довільного вбивства агентами держави була б неефективною на практиці, якщо б не існувало процедури перегляду законності використання смертельної сили’.

Проте одночасно ЄСПЛ намагається обмежити свій контроль за дотриманням державами нових вимог P1-1, неодноразово підкреслюючи в рішенні, що вони мають широку сферу дискреції при впровадженні соціально-економічної політики. Зокрема, ЄСПЛ визнав, що Парламент Великої Британії не вийшов за межі цієї сфери, обмеживши розмір компенсації за втрачене майно вартістю ділянки на тій підставі, що орендарі мали “моральне право” на отримання будівель безплатно. Отже, ЄСПЛ відразу ж застосовує “соціал-демократичне виключення” із загально-го права на компенсацію повної вартості майна та не встановлює у цій справі порушення P1-1, незважаючи на відверту спірність цього заходу. Ми побачимо, що ЄСПЛ у подальшому буде використовувати аналогічні гамбіти для розширення сфери свого контролю за рішеннями урядів держав – членів Конвенції.

Фактично разом із *Sporrong, James* формує структуру тлумачення P1-1, яке застосовується Судом досі. Можна зробити попередні висновки про те, що ЄСПЛ своєю практикою значно модифікував текст другого речення першого абзацу P1-1, додавши до формули оцінки позбавлення майна, елемент пропорційності заходу та надавши собі можливість оцінювати пропорційність заходів регулювання майна, передбачених другим абзацом P1-1. Крім того, пропорційність позбавлення майна Суд оцінюватиме через призму сплати компенсації за втрачене майно та її розміру.

Подальшу практику ЄСПЛ щодо оцінки державної соціально-економічної політики на предмет дотримання P1-1 можна умовно розділити на три групи: 1) справи стосовно розміру компенсації при експропріації; 2) справи стосовно часткових обмежень прав власності; 3) справи стосовно зміни режиму регулювання окремими галузями бізнесу.

Оцінка політики, що обмежує розмір компенсації за відібране майно

Перша справа, яку розглянув ЄСПЛ після *James and Others*, здається, мала зміцнити державу в тому, що застосування концепції широкої сфери дискреції в сфері визначення розміру компенсації може амортизувати розширення повноважень Суду з нагляду за їхніми політиками в соціально-економічній сфері.

Справа *Lithgow v. United Kingdom*³⁰ стосувалася націоналізації у Великій Британії авіаційної та суднобудівної промисловості у 1977 р. Закон про націоналізацію передбачав сплату компенсації, яка розраховувалась як середня тижнева ціна акцій відповідної компанії протягом шести місяців з вересня 1973 по лютий 1974 рр. Цей проміжок часу був обраний для розрахунку з метою виключити спекулятивне зростання ціни акцій цих підприємств після оголошення Лейбористською партією планів щодо націоналізації цих галузей промисловості у своїй виборчій про-

³⁰ *Lithgow v. United Kingdom*, judgment of 8 July 1986, Series A no. 102.

грамі, що була оприлюднена в лютому 1974 р. Заявники оскаржували такий підхід у розрахунку розміру компенсації як такий, що необґрунтовано виключав зростання ціни на акції протягом чотирьох років між базисом для розрахунку та власне часом націоналізації. Тобто фактично вони отримали не ринкову вартість націоналізованого майна, а якусь умовну суму, слабо пов'язану з реальною його вартістю, яка не брала до уваги інфляцію за цей період і не враховувала особливості пакетів акцій індивідуальних заявників, наприклад, значні або контрольні пакети, які б на вільному ринку вартували б більше ніж механічна сума ціни окремих акцій.

ЄСПЛ, однак, не знайшов порушення Р1-1 у цій справі, зазначивши, що він *‘приділяє особливу увагу тій обставині, що націоналізація – це захід загальної економічної природи, щодо якого держава повинна мати широку сферу дискреції <...> система, встановлена в законі 1977 р. була визнана такою, що в принципі не є неприйнятною за вимогами’ Р1-1 (п. 143). Відповідно, Суд розглядав “рішення прийняти положення, які”: “<...> не беруть до уваги розвиток подій у відповідних компаніях у цей проміжок часу” (п. 143); “<...> виключають взяття до уваги інфляції” (п. 147) та “<...> виключають із компенсації елемент, який являє собою особливу вартість значного або контрольного пакету акцій” (п. 150) як такі, які Велика Британія була обґрунтовано правомочна прийняти, використовуючи свою сферу дискреції.*

Цікаво, що у цьому рішенні ЄСПЛ послався на те, що оскаржувані дії держави приймалися у межах “заходу загальної економічної природи”, що перегукується з “економічними реформами” із “соціально-демократичного виключення” у *James*. Однак при цьому у *Lithgow* Суд не каже, що застосовує виняток, який дає змогу знизити суму компенсації порівняно з “повною вартістю”. Скоріше він каже, що порядок визначення того, що, власне, є “повною вартістю” лежить у сфері дискреції держави, в яку ЄСПЛ не втручатиметься, якщо така оцінка не є очевидно довільною або необґрунтованою.

Проте у своїй подальшій практиці ЄСПЛ стає набагато менш схильним дослухатися до соціал-демократичних аргументів країн, як обґрунтування несплати, або зменшення розміру компенсації.

Зокрема, у справі *Holy Monasteries v. Greece*³¹ держава висловила соціально-демократичні аргументи “від зворотного”: у Греції православні монастирі протягом сторіч виконували важливі освітні та культурні функції й акумулювали значний обсяг майна, яке їм передавали прихожани. Однак у ХХ ст. ці функції монастирів втратили своє значення. Зважаючи на те що значну частину доходів вони отримували з державного бюджету та з метою розширення незалежного фермерства, держава вирі-

³¹ *Holy Monasteries v. Greece*, no. 13092/87, 9 December 1994, Series A no. 301-A.

шила націоналізувати їхнє майно, залишивши тільки частину, яка була необхідна для підтримання рівня життя монахів. Монастирям було запропоновано підписати договори, за якими вони віддавали нерухомість державі за приблизно 1/3 його вартості. Ті монастирі, що відмовлялися підписувати договір, позбавлялися свого майна без компенсації.

Суд встановив порушення P1-1 щодо тих монастирів, які не підписали договори. Він навіть не став розглядати аргумент щодо втрати монастирями свого соціального значення, визначивши, що ненадання будь-якої компенсації становило порушення права власності монастирів. Але щодо тих монастирів, які підписали договори з державою, порушення встановлено не було, та їхні аргументи, що угоди вони підписали під тиском держави, були відкинуті Судом.

Але повноцінний ліберально-соціал-демократичний дискурс відбувся у перший раз у справі *Scordino v. Italy*³². Ця справа стосувалася експропріації нерухомості заявників державою для передання приватним особам для зведення житла. Компенсація, отримана заявниками, становила приблизно 50 % від ринкової вартості ділянки мінус 20 % спеціального податку.

Уряд Італії визнав, що компенсація була нижчою за ринкову вартість ділянки, але вона не була такою, що можна було б нею знехтувати. Далі Уряд висловив аргументи соціал-демократів проти сплати ринкової вартості майна, що підлягає експропріації:

– сплата суми нижчої за ринкову вартість відображала “дух спільності” та “чинне політичне бажання” встановити систему, яка йде далі ніж “традиційний лібералізм ХІХ ст.”;

– ринкова вартість – це нечітка та невпевнена концепція, яка залежить від багатьох змінних які є по суті суб’єктивними, вона може залежати, наприклад, від фінансової ситуації продавця та або сильного інтересу покупця;

– зважаючи на те що ринкова вартість визначається компаративним дослідженням транзакцій стосовно землі зі схожими характеристиками, таке дослідження не відобразатиме суб’єктивний елемент різноманітних транзакцій.

Ця аргументація не справила враження на ЄСПЛ. Він не вважав за необхідне відповідати на кожен з аргументів Уряду, а зробив загальний коментар про те, що *‘справа стосується очевидної експропріації, яка не була частиною процесу економічних, соціальних або політичних реформ, а також не була пов’язана з іншими особливими обставинами. Відповідно, у цій справі Суд не вбачає будь-якої законної мети “публічного інтересу”, яка б могла виправдати сплату заявникові суми, нижчої за ринкову вартість’* (п. 102). Інакше кажучи, ЄСПЛ вважає ліберальний

³² Scordino v. Italy (no. 1) [GC], no. 36813/97, ECHR 2006-V.

підхід як загальний, від якого можна відходити у виключних обставинах, зокрема при впровадженні соціально-економічних реформ.

У двох наступних справах ЄСПЛ розглянув останній аргумент соціал-демократів про те, що власник майна не може наживатися на додатковій вартості майна, створеній громадою. Так, у справі *Katıkarıdııs and Others v. Greece*³³ були розглянуті правила експропріації земельних ділянок державою для будівництва доріг, за якою власникам не відшкодовувалася вартість ділянок землі, шириною 15 м з обох боків дороги. Це робилося на підставі неспростовної презумпції, встановленої в законі, що власники ділянок вздовж доріг виграють від проведення траси біля їхньої землі.

ЄСПЛ ухвалив досить обережне рішення, визнавши, що *‘при оцінці розміру компенсації власникам землі, експропрійованої для цілей будівництва доріг, взяття до уваги користь, яку отримують власники придорожніх ділянок, може обґрунтовано братися до уваги’*. Таким чином, Суд загалом підтримав порядок денний соціал-демократів. Однак у цій справі та наступних справах, які стосувалися цієї самої експропріації, ЄСПЛ встановив порушення у зв’язку з тим, що ця презумпція була неспростовною та негнучкою, тоді як заявники мали об’єктивні підстави стверджувати, що частини ділянок, які залишилися у їхній власності, насправді зменшилися у ціні.

Дещо схожий підхід ЄСПЛ застосував у справі *Kozacıođlu v. Turkey*³⁴. Вона стосувалася іншої презумпції при розрахунку суми компенсації за експропрійоване майно: турецький закон передбачав, що у разі експропріації будівель, що є культурною спадщиною країни, відшкодовується тільки вартість аналогічної нової будівлі, без врахування історичних та архітектурних особливостей. Ідея полягала в тому, що держава не повинна сплачувати за культурну цінність об’єкта, яка належить народу, а не окремим власникам.

ЄСПЛ обережно зазначив, що *‘публічний інтерес, який має на меті такі заходи, спрямований на захист історичної чи культурної спадщини може вимагати відшкодування менш ніж повної ринкової вартості майна, що підлягає експропріації’* (п. 82). Але у цій ситуації Суд встановив порушення Р1-1, зазначивши, що неврахування історичних та архітектурних особливостей будівель не тільки фактично карає власників, які витрачають більше коштів на підтримання старих будівель, порівняно з власниками новіших будівель, це позбавляє їх вартості, яка може бути пов’язана з особливостями таких будівель.

Єдиною на сьогодні справою, в якій ЄСПЛ визнав наявність виключення, пов’язаного з проведенням економічних реформ, є *Jahn and Others*

³³ *Katıkarıdııs and Others v. Greece* judgment of 15 November 1996, Reports 1996-V, pp. 1688–1689.

³⁴ *Kozacıođlu v. Turkey* [GC], no. 2334/03, ECHR 2009.

*v. Germany*³⁵. Ця справа детально вивчена у попередніх статтях³⁶. Достатньо нагадати, що справа стосувалася ситуації, коли відразу після об'єднання двох Німеччин законодавство Федеративної Республіки Німеччина передбачило безоплатне відібрання у колишніх громадян Східної Німеччини земельних ділянок, якщо вони їх отримали (успадкували) у порушення законодавства Німецької Демократичної Республіки, незважаючи на те що перед самим своїм розпадом остання несвідомо надала таким особам право власності на ділянки.

ЄСПЛ, не без серйозних вагань (Палата Суду встановила порушення P1-1, а рішення Великої Палати прийняте більшістю в одинадцять голосів проти шести) дійшов висновку, що ця справа становить той самий виняток із загального правила. Він зазначив, що *‘беручи до уваги невпевненість юридичної позиції спадкоємців та підстав соціальної справедливості, на які посилались німецькі органи, Суд доходить висновку, що в унікальному контексті об'єднання Німеччини відсутність компенсації не порушує справедливий баланс’*.

Однак при цьому наявність контексту переходу від соціалістичної економіки до ринкової не дає державі “індульгенцію” на прийняття заходів, які позбавляють особу майна без справедливої компенсації. Зокрема, у справі *Urbárska Obec Trenčianske Biskupice v. Slovakia*³⁷ ЄСПЛ розглянув земельні реформи, які було проведено у Словаччині в 1991 і 1997 рр.

За часів соціалістичного панування власники землі у Словаччині формально не були позбавлені прав на своє майно, але їхня власність була безоплатно передана колективним сільськогосподарським підприємствам. Частина цих земель, що не використовувалися, передавалася громадянам безплатно під дрібне садівництво. У 1991 р. було прийнято закон, за яким господарі таких садів мали укласти договори оренди з власниками землі та протягом десяти років повернути землю власникам у натурі. Однак у 1997 р. було прийнято новий закон, в якому перевага надавалася саме господарям садів, які могли укласти договори викупу з власниками, але якщо сторони не досягали згоди, то держава надавала власникам або грошову компенсацію, або аналогічну землю як відшкодування за землю під садівництво, яка передавалася господарям. При цьому при розрахунку розміру компенсації бралася за основу ціна землі в 1980-х роках, коли земля передавалася під садівництво.

У конкретній ситуації заявника ціна втраченої землі розраховувалася у розмірі від 6,1 чи 6,9 словацьких крон за кв. м, тобто була в десятки разів нижчою за ринкову вартість на момент передання її у власність господарям садів (295 та 300 крон відповідно). Земля, яка була надана дер-

³⁵ *Jahn and Others v. Germany* [GC], nos. 46720/99, 72203/01 and 72552/01, ECHR 2005-VI.

³⁶ Див., І Ліщина, “Скасування державою права власності: погляд Європейського суду з прав людини” (2017) 3 Вісник Національної академії прокуратури України 5–11.

³⁷ *Urbárska Obec Trenčianske Biskupice v. Slovakia*, no. 74258/01, 27 November 2007.

жавою на заміну, коштувала 110 та 95 крон за кв. м відповідно та перебувала у зоні, в якій заборонялося будівництво. Ба більше, розмір наданих ділянок був значно менший від втрачених.

Компанія-заявниця скаржилася, що не отримала компенсації за втрачене майно, що відповідає її вартості. Держава стверджувала, що політика закону 1997 р. полягала в необхідності концентрації землі, що господарі садів працювали на ділянках і розвивали їх таким чином, що значна частина їхньої вартості була додана саме їхніми зусиллями. Тому вважала, що розмір компенсації відповідав вимогам P1-1.

Суд не погодився з державою. Хоча справа дещо нагадує *Jahn* тим, що реформа була пов'язана з переходом від соціалістичної до ринкової економіки, та *James* – держава віддала перевагу правам орендарів перед власниками землі, але є у цій справі й серйозні відмінності. По-перше, реформа у тому вигляді, в якому вона була передбачена в законі 1997 р., не була спрямована на виправлення несправедливості: власники земель втратили контроль над ними не через свою волю або незаконні дії, а були змушені підкоритися державі. Господарі садів не мали морального права на покращення, зроблені на ділянках з огляду на те, що вони були передані ним безплатно і до початку 90-х років навіть не сплачували орендну плату за них, при цьому користуючись ними для задоволення своїх потреб.

ЄСПЛ навіть пішов далі, зазначивши, що *‘в цілому не було доказів того, що особи, які користуються переданими садами, належали до соціально слабких або особливо вразливих частин населення’* (п. 131). Це виглядає як вказівка на те, що встановлення соціальної справедливості як мета заходу буде сприйматись ЄСПЛ віднині тільки якщо вона спрямована на захист вразливих верств населення, що було б дивним, зважаючи на те, що й у *James* не було доказів, що довгострокові орендарі належали до таких верств. Більш імовірно, Суд вказує на те, що метою заходу був не так захист господарів, чиї права на ділянки очевидно не мали моральної переваги над правами власників, як концентрація земель. А остання ціль не спрямована на встановлення соціальної справедливості.

Що ж стосується економічних реформ, пов'язаних із переходом до ринкової економіки, то, як зазначив Т. Аллен, *‘держави мають деяку сферу дискреції для пристосування майнових прав у транзитний період, але транзит має закінчитись у якийсь момент’*³⁸. Інакше кажучи, одна ситуація, коли Федеративна Республіка Німеччина приймає закон для цілей перехідного періоду безпосередньо після об'єднання Німеччини, а інша – коли Словаччина через шість років після переходу на ринкову економіку вирішує змінити параметри перерозподілу землі, які були закладені на початку економічної трансформації в 1991 р. не на користь власників землі.

³⁸ Allen (n 5) 1073.

Отже, ЄСПЛ у своїй практиці щодо загальних заходів з експропріації майна виходить із загального правила необхідності відшкодування у разі відібрання майна в особи та визначення її розміру на основі ринкової вартості. Виключення з цього правила на підставі необхідності встановлення “соціальної справедливості” та “економічних реформ” мають бути саме винятками, які держави повинні відповідним чином обґрунтовувати, зокрема зважаючи на часові межі їхнього застосування. Тому випадки застосування таких винятків є поодинокими. У державах є дещо ширша сфера дискреції при визначенні того, що саме вважати “ринковою вартістю”, але при цьому має застосовуватись індивідуальний підхід до кожного власника – встановлення у законі загальних презумпцій, які знижують вартість майна порівняно з ринковою, імовірніше за все, не буде підтримане Судом.

Заходи загального характеру щодо регулювання майна

Обмеження права власності загальними заходами, що мають універсальне застосування, часто вважаються державою природною частиною її повноважень. Однак відомий американській суддя Скалія попереджав про небезпеку, яку такі заходи можуть мати не тільки щодо майнових інтересів окремих власників, а й щодо інститутів демократичного правління, яке такі заходи викривляють. Справа стосувалася обмеження права власників нерухомості піднімати квартплату вище ніж на 8 % на рік, якщо це створює “необґрунтований тягар” для орендаря. Суддя каже, що

політична привабливість регулювання [відносин власності] не в тому, що воно дозволяє забезпечити перехід багатства, який не міг би забезпечуватись іншим чином, а в тому, що він дозволяє досягати цього результату “поза бюджетом”, із відносною невидимістю і тому відносним імунітетом від демократичного процесу³⁹.

Суддя далі пояснює, що того самого результату можливо було б досягти без обмеження права власності орендодавців, а, наприклад, піднявши податки та розподіливши додаткові кошти серед орендарів, щоб компенсувати ним надмірні сплати. Але в такому разі представницькому органу довелось би винести на обговорення громадськості питання, чи настільки громада готова підтримувати сім’ї у скрутному матеріальному становищі, щоб сплачувати більші податки і, сплативши їх, спрямовувати додаткові гроші на виплати таким сім’ям⁴⁰.

Хоча ця позиція судді Скалія не стала мейнстрімом навіть у США, вона демонструє небезпеку безконтрольного регулювання власності.

³⁹ Official reports of the Supreme Court. Vol. 485 U.S. – Part 1. US Government printing Office. Washington DC 22.

⁴⁰ Ibid.

У першій справі, що стосувалася обмеження права власності, що не сягало ступеня експропріації, *Mellacher and Others v. Austria*⁴¹, ЄСПЛ продемонстрував досить стриманий підхід щодо таких заходів держави. У цій справі Суд розглянув скарги домовласників на законодавство, прийняте в Австрії, яке встановлювало граничні розміри орендної плати за квартири, залежно від категорії, до якої квартира відносилася на підставі умов проживання, які вона забезпечувала.

Заявники володіли квартирами найнижчої категорії та стверджували, що орендна плата, встановлена в законі, не тільки не давала їм прибутку, а й була нижчою за вартість утримання квартири. Також вони скаржилися, що фактично закон дозволяв порушувати укладений сторонами договір оренди та що встановлена в законі система не враховувала регіональних та інших особливостей відповідної нерухомості.

ЄСПЛ не знайшов порушення у цій справі, визнавши, що порушення договорів оренди при застосуванні заходів обмеження орендної плати є невідворотним, що загальний захід за своєю природою має застосовуватися однаково до всіх, незважаючи на регіональні особливості, та що заявники могли покращити умови оренди для того, щоб перейти у вищу категорію й отримувати вищу орендну плату. Нарешті, ЄСПЛ вирішив, що соціальна мета – зробити квартири більш соціально доступними – виправдовувала широку сферу дискреції держав, яку встановлення зазначених вище обмежень не порушувало.

Наступна справа, яка фактично перевернула позицію *Mellacher* (хоча ЄСПЛ доклав значних зусиль при формулюванні тексту рішення, щоб це приховати) – це *Hutten-Czapska v. Poland*⁴². Справа стосується регулювання користуванням нерухомим майном, яке було експропрійоване за комуністичного панування, але повернуто після того, як у Польщі було запроваджено демократичне правління. Серед такого майна були багатоквартирні будинки, за радянських часів заселені особами, які орендували житло в державі.

Перший закон, прийнятий щодо реекспропріації цього майна, фактично передавав усі обов'язки держави як надавача квартир, на нових-старих власників, а також залишав за державою право встановлювати розмір квартплати. У 1994 р. Польща приймає перший із багатьох законів, що мав врегулювати відносини нових власників та знімачів квартир тимчасово, до 2004 р. Цей закон передбачав, що між ними встановлюються відносини оренди, але розмір орендної плати був жорстко обмежений, фактично становлячи близько 60 % від комунальних платежів, які мав сплачувати власник. Останній мав також за свій кошт забезпечувати поточний і капітальний ремонт будівель, а також не мав

⁴¹ *Mellacher and Others v. Austria*, 19 December 1989, Series A no. 169.

⁴² *Hutten-Czapska v. Poland* [GC], no. 35014/97, § 166, ECHR 2006VIII.

права виселяти знімачів без надання іншого помешкання для проживання. У 2000 р. цей закон був скасований Конституційним судом як такий, що суперечить правам власників. Новий закон 2001 р. виключив обов'язки власника з ремонту будівель, але ці обов'язки залишилися в інших законах, орендна плата могла збільшуватися у зв'язку з інфляцією, але все одно була меншою за комунальні платежі, закон передбачав більш детальну процедуру виселення, але фактично обов'язок надання іншого житла залишився. У 2002 р. Конституційний суд скасовує і цей закон на тих підставах, що він порушує саму сутність прав власників. У 2004 р. Польща приймає зміни до закону 2001 р., якими було залишено ліміт на розмір орендної плати і передбачено, що якщо плата перевищує цей ліміт, то таке підвищення не може перевищувати 10 % на рік. Зважаючи на те що з 1994 р. очікувалося, що в 2004 р. відносини власників будинків та орендарів мали перейти на виключно ринкові основи, в 2005 р. Конституційний суд Польщі визнає ці зміни такими, що порушують принципи належної законотворчості та впевненості у державі. Зокрема, Конституційний суд зазначив: *‘...> порушення того, що дорівнює обіцянці, встановленій в законі, має розглядатись як особлива форма безвідповідальності з боку органів влади і, відповідно, надзвичайно шокує порушення принципу впевненості в державі та праві, яке воно творить, у принципі, який формує основу верховенства права’.*

Hutten-Czapska розглядалась спершу Палатою ЄСПЛ, яка встановила порушення Р1-1 у цій справі, а потім Великою палатою (далі – ВП), яка підтвердила цей висновок. ВП проаналізувала кожен із відповідних періодів (1994–2000, 2001–2002, 2002–2004 рр. і після 2005 р.) і дійшла висновків, що в кожен із цих періодів, незважаючи на зміни в законодавстві, що в той час відбувалися, право власності заявників було порушено.

Намагаючись відокремити цю справу від *Mellacher*, ВП зазначає, що *‘порушення права власності у цій справі не пов'язано виключно з питанням рівнів орендної плати, але складається з комбінованого впливу неприйнятних положень на визначення орендної плати та різноманітних обмежень прав власників стосовно розірвання оренди, законодавчих фінансових тягарів, накладених на них, та відсутності юридичних шляхів та способів, які б надавали їм можливість отримати відшкодування або зменшення витрат на підтримання будинків або отримати компенсацію від держави на ремонт у випадках, в яких це є виправданим’* (п. 224).

Здається, це достатнім чином відрізняє *Hutten-Czapska* від *Mellacher*, в якому заявники мали можливість покращити умови проживання орендарів і таким чином збільшити орендну плату. Однак одночасно ЄСПЛ вводить у структуру розуміння права власності за Р1-1 нову концепцію, а саме право отримувати прибуток від власності. Причому робить це до-

сить цікавим чином: ВП схвально цитує рішення Палати, яка, зі свого боку, цитує Конституційний суд Польщі.

Виглядає це таким чином: у п. 202 Суд розглядає аргумент Уряду про те, що висновки у цій справі суперечать рішенню у справі *Mellacher*. У відповідь ВП каже, що Палата вже відповіла на цей аргумент і наводить довгу, на два великих абзаци, цитату з рішення Палати. Останнє речення другого абзацу стверджує: '<...> щодо цього Суд зазначає, що Конституційний суд у своєму рішенні від 12 січня 2000 р. дійшов того ж висновку, встановлюючи, що за Законом 1994 р. індивідуальні власники нерухомості були "позбавлені найменшої сутності їхнього права власності" та що "в результаті їхнє право отримувати прибуток з власності <...> важливий елемент права власності був зруйнований та <...> їхнє право розпоряджатись своєю власністю було позбавлено сенсу"

Може здаватись, що автор перебільшує: так, у рішенні ВП містяться довгі цитати рішення Палати, а в тому є багато цитат із рішення Конституційного суду. Ці цитати в тексті взагалі виділені меншим шрифтом: може їх і читати не варто. Т. Аллен, наприклад, вважає, що на це рішення можна дивитися не стільки як на захист Судом права власності, скільки як на підтримку ЄСПЛ позиції Конституційного суду⁴³.

Однак подальший текст рішення дає підстави казати, що Суд свідомо вводить цю концепцію в дискурс стосовно P1-1 і намагається це робити обережно. У тексті стосовно порушення справедливого балансу за P1-1 у пунктах 194–225 ВП сама прямо не пише про право на отримання прибутку (тільки цитує Палату, яка цитує Конституційний суд). Але в п. 239, який присвячується заходам загального характеру, які ЄСПЛ вважає за необхідне прийняти з метою виконання цього рішення, він двічі пише про отримання власниками прибутку від їхнього майна в контексті необхідності збалансувати його з інтересами суспільства, що має бути завданням державних органів при виконанні рішення. Причому в одному випадку він називає це "правомочністю" (*entitlement*) отримувати прибуток, а в другому – "інтересом", але жодного разу не "правом".

Ба більше, ЄСПЛ навіть натякає, що, як і з правом на компенсацію за експропріацію, право на отримання прибутку може бути кваліфікованим, тобто оцінюється не тільки сам факт наявності або відсутності прибутку, а й його стандарт. І знову ЄСПЛ висуває вперед Конституційний суд, "побічно вказуючи" у третьому абзаці п. 239 на критерії, які висував Конституційний суд у своїх роз'ясненнях 2005 р., серед яких була необхідність забезпечити власникам будинків "достойний прибуток" (*decent profit*). Причина цього обережного ставлення Суду до "права на прибуток" є досить очевидною: він знову розширює рамки, виставлені авторами P1-1, причому робить це не щодо концепції, яку хоча б обговорюва-

⁴³ Allen (n 5) 1074.

ли підчас підготовки проєкту, а вводить в неї абсолютно новий елемент, який автори тексту P1-1, імовірно за все, відкинули б “із порогу”.

Ба більше, поява цього елемента в P1-1 очевидним чином суперечить підходу в *Mellacher*, в якому власники теж не мали прибутку від свого майна, а можливість отримати прибуток завдяки додатковим капіталовкладенням у майно важко поєднати з правом на прибуток від свого майна як такого. По-перше, це вже буде нове майно, по-друге, необхідно пересвідчитися, що заявники мали фінансові можливості для таких інвестицій, чого ЄСПЛ у *Mellacher* не робив, і по-третє, з урахуванням цих інвестицій, прибуток від майна може бути сумнівним, і Суд в *Mellacher* не робив розрахунків для того, щоб встановити, через який час (чи взагалі) підвищений дохід від майна, яке перейде у вищу категорію, компенсує затрати на таке підвищення.

Нарешті, можливо, найважливішим висновком із *Hutten-Czapska* є те, що ЄСПЛ вважав себе вправі переглядати справедливий баланс заходу загального характеру, який не позбавляє особу майна і який прийнятий очевидно в інтересах досягнення соціально значущої цілі. У пункті 225 Суд пише: *‘Законні інтереси суспільства в таких ситуаціях вимагають справедливого розподілу соціального та фінансового тягаря, який виникає у процесі трансформації та реформи житлового господарства країни. Цей тягар не може, як у цій справі, покладатись на одну конкретну соціальну групу, якими б важливими не були інтереси інших груп або суспільства загалом’*.

Таким чином, ЄСПЛ у цій справі йде значно далі, ніж у *James*: він оцінює не просто соціально-економічну політику держави, а політику в сфері регулювання права власності, в якій текст P1-1 прямо давав країнам повну свободу волі або, в парлянзі Суду, “необмежену сферу дискреції”. У зазначеній цитаті Суд прямо підтверджує своє право переглядати рішення демократично обраних національних органів щодо розподілу економічного навантаження між різними соціальними групами в країні, яке не сягає рівня позбавлення майна.

Окремо слід зазначити, що у *Hutten-Czapska* ЄСПЛ започатковує практику, яку він відтворить у кількох наступних справах такого типу⁴⁴: визначив необхідність запровадження державою заходів загального характеру для виправлення системного порушення, констатованого у цій справі. Зокрема, він послався на необхідність за допомогою відповідних юридичних чи інших заходів забезпечити справедливий баланс між правами заявників, зокрема їхньою “правомочністю на прибуток” та інтересами суспільства. Хоча надання конкретних вказівок щодо таких заходів виходить за межі повноважень Суду, ЄСПЛ “побічно зазначив”, що дер-

⁴⁴ Зокрема, у *Lindheim and Others v. Norway*, nos. 13221/08 and 2139/10, § 137, 12 June 2012; *Bittó and Others v. Slovakia*, no. 30255/09, §§ 133–135, 28 January 2014 та *Statileo v. Croatia*, no. 12027/10, § 165, 10 July 2014.

жава може скористатися рекомендаціями Конституційного суду, виданими у 2005 р., які передбачали основні чинники для такого балансу.

У подальшій практиці Суд відтворює саме ліберальний підхід, який він так обережно ввів в обіг у *Hutten-Czapska*. Зокрема, у групі справ щодо ревізії будинків на Мальті на користь бідних, які не можуть орендувати житло за ринковими цінами, ЄСПЛ встановив порушення Р1-1. У першій справі *Ghigo v. Malta*⁴⁵ основною підставою для такого висновку була дуже невисока сума орендної плати, яку отримував заявник, – близько 5 євро на місяць. Це при тому, що заявник не ніс витрат на підтримання будинку або комунальних платежів, і 5 євро – це його прибуток і він міг звернутися (але не звернувся) у відповідний орган із заявою про збільшення ціни оренди. Отже, положення заявника було кращим, аніж у *Mellacher*, але, зробивши “ритуальне” посилання на це рішення, ЄСПЛ навіть не пробує відокремити цю справу від *Mellacher*.

Замість цього Суд цитує *Hutten-Czapska* щодо “правомочності [власника] отримати прибуток від майна”, яке не було дотримано державою при встановленні розміру орендної плати (п. 66), хоча ця цитата стосується не самої Р1-1, а процесу виконання рішення *Hutten-Czapska*. Тобто Суд вже розглядає це право на прибуток як іманентне для Р1-1. Крім того, здається, що Суд під правом на прибуток розуміє право на “достойний” прибуток, визначаючи у цій справі, що надмірно низький прибуток цій “правомочності” не відповідає. Нарешті, Суд у *Ghigo* прямо не цитує *Hutten-Czapska* щодо оцінки перерозподілу економічного тягаря між верствами населення, але пише, що органи держави мають широку дискрецію при виборі форм і ступеня контролю за власністю, коли відповідні заходи зачіпають багатьох осіб, але ця дискреція не є безмежною (п. 68), що фактично несе той самий меседж.

У наступній справі цього типу ЄСПЛ був ще більш відвертим. Рішення *Lindheim and Others v. Norway*⁴⁶ стосувалося закону, який прийняв норвезький парламент, який надавав довгостроковим орендарям земельних ділянок право за своєю ініціативою продовжувати договори оренди після закінчення їхнього строку на тих самих умовах, на яких вони були колись укладені. Орендна плата могла збільшуватися з урахуванням індексу споживчих цін. Метою цього закону було захистити довгострокових орендарів, які, чиї пращури, побудували на цій землі свої домівки і, у разі закінчення строку договору, мали їх покинути, бо не могли собі дозволити сплачувати ринкові ціни на оренду майна, які значно підвищилися за час дії орендних договорів. Альтернативно, орендарі могли викупити землю за ринковими цінами.

⁴⁵ *Ghigo v. Malta*, no. 31122/05, 26 September 2006.

⁴⁶ *Lindheim and Others v. Norway*, nos. 13221/08 and 2139/10, 12 June 2012.

Тобто справа перегукувалася не тільки з *Mellacher*, а й із *James*. Причому заявники у цій справі були очевидно у кращому становищі, ніж у зазначених справах. На відміну від *Mellacher* орендна плата була узгоджена в договорах сторін (хоча й застарілих), заявники не несли витрат на утримання майна, які б перевищували орендну плату і вона могла збільшуватися без додаткових витрат із боку заявників. Крім того, маючи на меті практично ті самі інтереси, що й у *James*, держава у цій справі не відбирала землю в заявників за безцінь: вони залишалися власниками майна. Причому як Парламент, так і Верховний Суд Норвегії при прийнятті відповідних рішень посилалися на P1-1 та *James*.

Утім, ЄСПЛ визнав у цій справі порушення P1-1 у частині недотримання справедливого балансу, зазначивши, що орендна плата, встановлена таким чином, була значно нижчою за ринкову й приблизно дорівнювала земельному податку (який сплачували не заявники, а орендарі). Причому при продажі земельної ділянки із такою обов'язковою орендою ціна була значно нижчою, ніж ділянки без оренди, і навпаки, орендар міг продати своє право оренди третім особам за відносно високу ціну. Таким чином, вартість ділянки практично передавалася орендарю. Суд вважав, що відбувся несправедливий перерозподіл тягаря фінансового навантаження між власниками ділянок та орендарями, процитувавши п. 225 *Hutten-Czapska*.

У частині аргументації щодо пропорційності заходу, ЄСПЛ послався на *Mellacher* й *James* тільки в цитаті з *Hutten-Czapska*, яка містила лише перелік принципів. ЄСПЛ не пояснив, яким чином ця справа відокремлюється від *Mellacher*, хоча уряд і посилався на нього в своїх обсерваціях. Щодо *James* Суд визнав, що національні органи при прийнятті цього законодавства зважали на цю справу, однак: '<...> це рішення стосувалось ситуації, яка в багатьох аспектах була іншою, ніж та справа, що розглядається. У своєму обґрунтуванні вище Суд покладається на нього тільки настільки, наскільки він вважав його дотичним до конкретних обставин справи, та брав до уваги також те, що кілька новіших рішень, на які він посилався, являють собою розвиток практики у бік сильнішого захисту прав за' P1-1 (п. 135).

ЄСПЛ, вказуючи на різницю обставин у цих двох справах, навіть не намагається показати цю різницю. Набагато важливіша остання частина цієї цитати, яка визнає, що Суд, залишаючи в силі розвиток практики, який був досягнутий у *James* щодо розуміння права власності, однак не готовий слідувати надширокій сфері дискреції держав щодо соціальної та економічної політики, яка була закладена у цьому рішенні. Він просунувся у своїй практиці значно далі на шляху захисту права власності в ліберальному його розумінні, і навіть дуже важлива та законна мета, для досягнення якої приймається захід, не виправдовує покладення фінансового тягаря на одну соціальну групу за рахунок іншої.

У подальшому Суд досить легко встановив порушення у справах, у яких заявники, власники будинків колись експропрійованих за комуністичного панування, були обмежені у встановленні орендної плати квартиро-знімачів, які поселились у будинках за комуністичного режиму:

– *Bittó and Others v. Slovakia*⁴⁷: контрольована орендна плата становила 10–20 % від ринкової і не покривала видатків на ремонт будинків. Квартиро-знімачів не можна було виселити і продати квартири можна було тільки їм. Суд, розглядаючи питання справедливого розподілу фінансового тягара між соціальними групами, зазначив, що квартири, на які розповсюджувався цей режим, становили від 0,24 % до 0,06 % усіх квартир, що здавалися у країні, відповідно, оскаржуваний захід не міг мати значного впливу на ситуацію із доступністю житла;

– *Statileo v. Croatia*⁴⁸: контрольована орендна плата була або нижчою, або перевищувала на кілька євро суму, яку заявник мав сплачувати в обов'язковий фонд, із якого фінансувався ремонт будинку, а також не міг виселити орендаря з метою переїзду у свою квартиру. При оцінці розподілу тягара ЄСПЛ послався, зокрема, на те, що розглядуване законодавство призводило до того, що пенсіонери – власники домівок мали субсидіювати за свій кошт орендарів, які були у працездатному віці і що законодавство не передбачало строків дії зазначених заходів; та

– *Kasmi v. Albania*⁴⁹: рівень орендної плати був заморожений на рівні 1993 р. і станом на 2006 р. (коли заява була подана) був значно нижчий, аніж ринковий, обов'язки власників майна залишилися на рівні держави, коли вона була власником будинків. Заявник не міг виселити орендарів і сам поселитися у своєму будинку, незважаючи на те що орендарі працювали за кордоном і практично не жили в будинку.

Таким чином, почавши з надання державі широкої сфери дискреції щодо регулювання майна під час соціально-економічних реформ через прийняття загальних заходів у *Mellacher*, що саме собою було кроком уперед, порівнюючи з текстом Р1-1 та намірами його авторів, ЄСПЛ поступово звузив цю дискрецію, запровадивши “правомочність” (*entitlement*) власника отримувати прибуток від свого майна та принцип, що при проведенні соціально-економічних реформ фінансовий тягар не може покладатись виключно на одну конкретну соціальну групу.

Заходи регулювання бізнесу

Як і в інших, описаних вище, ситуаціях проривного розширення Судом меж Р1-1, розповсюдження її дії на обмеження господарської діяльності як на форму втручання у майнові права, ЄСПЛ провів обережно,

⁴⁷ *Bittó and Others v. Slovakia*, no. 30255/09, 28 January 2014.

⁴⁸ *Statileo v. Croatia*, no. 12027/10, 10 July 2014.

⁴⁹ *Kasmi v. Albania*, no. 1175/06, 23 June 2020.

через рішення, в якому визнав відсутність порушення прав заявника з боку держави. У *Van Marle and Others v. the Netherlands*⁵⁰ держава прийняла законодавство, яким передбачила нові правила ліцензування діяльності бухгалтерів. Заявники, які працювали бухгалтерами до прийняття нового закону, звернулися за отриманням ліцензії відповідно до перехідного порядку, але не пройшли випробування в органі, створеному для цілі впровадження нових правил. Таким чином, заявники втратили можливість обслуговувати великі бізнеси, чим вони займалися раніше, і втратили значну частину своєї клієнтури.

Суд визнав, що *‘своєю плідною працею заявники створили клієнтуру; це за багатьма ознаками є схожим до приватного права та становить актив, та, відповідно, майно у розумінні’* P1-1 (п. 41). Таким чином, ЄСПЛ розповсюдив дію P1-1 на майнове право, яке автори тексту цього положення навіть не обговорювали – на господарську діяльність. І відразу ж взяв під контроль заходи держави загального характеру. Але ЄСПЛ при цьому не знайшов порушення справедливого балансу, зазначивши, що він був *‘забезпечений перехідними положеннями, які давали можливість колишнім некваліфікованим бухгалтерам отримати доступ до нової професії на передбачених умовах’* (п. 43). Це важлива фраза, яка значним чином визначатиме розвиток практики ЄСПЛ у цій категорії справ. При цьому важливо зазначити, що Суд фактично самоусунувся від перевірки якості перехідних положень і доступності передбаченої в них процедури для заявників.

Досить довго після *Van Marle* в ЄСПЛ не було нагоди розглянути питання пропорційності втручання у бізнес загальними заходами. Одна спроба, хоча й виявилася невдалою, заслуговує на увагу. У справі *Bimer S.A. v. Moldova*⁵¹ заявник володів д’юті фрі магазином на залізничному вокзалі на кордоні між Молдовою та Румунією. Відповідний Указ Президента 1994 р. дозволяв відкриття таких магазинів на будь-яких прикордонних транспортних вузлах. Заявник мав відповідний договір із місцевою митницею та ліцензію на оперування д’юті фрі магазином. Однак у 2002 р. Митний кодекс Молдови був змінений таким чином, що такі магазини могли відкриватися тільки при аеропортах. Митниця наказала закрити всі магазини, що не відповідали новому закону, розірвала договори з власниками та скасувала видані ліцензії. Заявник оскаржив ці дії до суду. Апеляційний суд, розглянувши справу по першій інстанції, ухвалив рішення на користь заявника, вважаючи дії митниці незаконними, але Верховний суд скасував це рішення та відмовив заявнику у позові, вважаючи, що відповідний захід не втручався у його права.

⁵⁰ *Van Marle and Others v. the Netherlands*, judgment of 26 June 1986, Series A no. 101.

⁵¹ *Bimer S.A. v. Moldova*, no. 15084/03, 10 July 2007.

Рішення ЄСПЛ було на користь заявника на тій підставі, що рішення апеляційного суду про незаконність заходу не було спростоване Верховним судом, а останній очевидно помилявся, вважаючи, що захід не втручається у право власності заявника. Однак нас цікавить у цій справі особлива думка судді сера Н. Братза (впливового судді від Великої Британії, який згодом стане головою ЄСПЛ). Він вважав недоречним ухвалення рішення Судом на користь заявника на підставі незаконності заходу. Він не пояснив чому, але можна припустити, що суддя не схвалював такий легалістичний підхід, заснований на правильності перекладу рішення Верховного суду з румунської мови і яке фактично виходило з припущення, що Верховний суд країни міг схвалити дію незаконного заходу.

Одночасно сер Ніколас вважав, що захід, який розглядався, порушував справедливий баланс між інтересами заявника і суспільства у зв'язку з тим, що:

- захід було застосовано до заявника за відсутності будь-яких порушень із його боку;
- відкликання ліцензії мало серйозні фінансові наслідки для заявника;
- заявник не міг передбачити можливість запровадження цього заходу або якимось чином компенсувати його заздалегідь;
- незважаючи на серйозний вплив заходу, заявнику не було надано будь-якого виключення або перехідного періоду для пристосування до нових умов.

Хоча це тільки окрема думка одного судді, ми побачимо, як ці позиції відібувають у наступній практиці ЄСПЛ.

Автор статті в короткому листуванні з сером Ніколасом з'ясував, що він виходив зі свого власного розуміння ситуації та факторів, які можуть вплинути на визначення надмірного тягара для заявника. Тим паче цікавим є перехрестя цієї позиції, яка згодом стане основною для практики ЄСПЛ в аналогічних справах, практикою інвестиційних арбітражів, які у той самий час почали надавати такому праву інвесторів, як право на справедливе та рівне поводження (далі – *Fair and Equitable Treatment* або *FET*), елементів, пов'язаних із захистом очікувань інвесторів на стабільність правового забезпечення їхньої інвестиції.

Зокрема, у рішенні від 2005 р. (тобто за два роки до *Bimer S.A.*) у справі *CMS v. Argentina*⁵² арбітражний трибунал розглянув ситуацію, коли американській інвестор зробив інвестицію у сфері поставки газу населенню в Аргентині, викупивши акції приватизованої в 1989 р. державної компанії. Відповідно до умов ліцензії, яку інвестор отримав на 35 років, ціни на газ розраховувалися з огляду на доларовий еквівалент та мали регулярно переглядатись, враховуючи ринкові ціни. Але фінансова криза 1999 р. призвела до скасування законодавства, що надавало можливість

⁵² *CMS Gas Transmission Co. v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.

розраховувати ціни в доларах і збільшення ціни – у прив'язці до ринкових цін.

Трибунал дійшов висновку, що преамбула угоди між США й Аргентиною про взаємний захист інвестицій *'чітко вказує на те, що основна мета захисту полягає в тому, що для справедливого та рівного поводження важливе підтримання стабільної системи інвестицій та максимального ефективного використання ресурсів'*. Відповідно, не може бути сумнівів, що стабільне правове та бізнессередовище є суттєвими елементами FET (п. 274). Трибунал у цій справі вирішив, що оскаржувані заходи *'дійсно повністю трансформували та змінили правове та бізнессередовище, у межах якого інвестор приймав своє рішення інвестувати'* (п. 275) і, відповідно, встановив порушення FET.

Згодом інвестиційні трибунали дещо пом'якшили цей підхід. Так, у справі щодо справедливості процедури тендерів на обслуговування парковок у Вільнюсі, *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*⁵³, арбітражний трибунал зазначив, що *'будь-який бізнесмен або інвестор знає, що закони з часом еволюціонують. Але, що заборонено, так це державі діяти несправедливо, нерозумно або нерівним чином при застосуванні своєї законодавчої влади'* (п. 332). А в *Eiser v. Spain*⁵⁴ трибунал пояснив, що позивачі (виробники електроенергії з поновлюваних джерел, які постраждали внаслідок скасування Іспанією режиму сприяння розвитку цієї галузі) не могли розумно сподіватися, що не відбудеться жодних змін у режимі регулювання їхньої діяльності протягом чотирьох десятиліть дії їхніх ліцензій. Як і з іншими регулюваннями інвестицій, якісь зміни мали відбутися. Однак ст. 10 Договору енергетичної хартії надала їм право очікувати, що Іспанія на буде значним чином та без попередження переглядати режим таким чином, що це знищить вартість їхніх інвестицій. Отже, хоча практика ЄСПЛ та інвестиційних арбітражів має різні засади й тести оцінки національного законодавства, що регулює господарську діяльність, на практиці висновки, до яких вони доходять, є зіставними.

Окремо треба зазначити, що практика ЄСПЛ стосовно втручання у бізнесову діяльність через прийняття законів є відносно нечисленною. Тому Суд ще шукає свій шлях та критерії оцінки таких дій держави. Зокрема, очікування заявника стосовно стабільності режиму регулювання його господарської діяльності суддя Братза бачив як частину тесту на баланс інтересів: тобто очікування заявника щодо стабільного правового режиму додає ваги його праву за P1-1.

⁵³ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007.

⁵⁴ *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxemburg S.à r.l. v Kingdom of Spain* (ICSID Case No ARB/13/36).

Однак у досить несподіваному рішенні у справі *Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*⁵⁵ Суд відніс цей елемент до тесту на наявність “майна” в розумінні P1-1, тобто до питання застосовності цієї статті. Заявники у цій справі з 1995 р. надавали ритуальні послуги з поховання. При цьому з 1993 р. законодавство передбачало, що такі послуги мають надаватись органами місцевої влади, але заявники скористались прогалинами в законі та відкрили свій бізнес. Прогалини були ліквідовані актами, прийнятими у 2000 та 2002 рр., після чого продовження заявниками господарської діяльності у цій сфері стало очевидно незаконним.

Суд визнав, що заявники за роки на ринку ритуальних послуг створили клієнтуру, чого б, з огляду на *Van Marle*, мало б вистачити для визнання у цій справі наявності “майна”. Але Суд зазначив, що заявники з самого початку знали, що надання ними ритуальних послуг є тимчасовим явищем, а тому не могли мати законних очікувань, що вони зможуть продовжувати свій бізнес безстроково. Отже, він визнав, що заявники не мали “майна” в розумінні P1-1, а справу визнав непринятною *ratione materiae*.

В автора немає жодних сумнівів у правильності загального висновку Суду щодо відмови в задоволенні заяви, але підстава – відсутність “майна” у зв’язку з тимчасовістю права вести господарську діяльність відповідного типу – викликає сумніви. Саме собою надання таких послуг вже створює майнове право, що захищається P1-1, а заборона такої діяльності є втручанням у таке право. У цій справі, з огляду на обставини, таке втручання не порушувало справедливого балансу інтересів, додавання ж очікувань заявника до характеристик майна може мати небезпечні наслідки для сутності P1-1.

На щастя, у подальшій практиці Суд відтворює підхід сера Ніколаса та розглядає очікування заявників щодо стабільності правового режиму до питання ступеня втручання у право власності в межах оцінки пропорційності заходу.

Описані вище тенденції в практиці ЄСПЛ сфокусувалися у рішенні у справі *Vékony v. Hungary*⁵⁶, в якому родина заявника з 1996 р. володіла невеличкою продуктовою крамницею, в якій, серед іншого, продавали тютюнові вироби. Заявник мав відповідну ліцензію на торгівлю під-акцизними товарами, і продаж тютюнових виробів становив приблизно третину його доходу. Але в вересні 2012 р. Парламент прийняв закон, за яким торгівля тютюновими виробами стає державною монополією, а для відкриття торгової точки необхідно звернутися у строк до лютого 2013 р. до відповідного органу з концесійною пропозицією, яка має

⁵⁵ *Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P. v. Slovenia*, no. 35264/04, 30 November 2010.

⁵⁶ *Vékony v. Hungary*, no. 65681/13, 35 and 36, 13 January 2015.

включати бізнесплан. Причому кількість точок продажу зменшувалася із 42 000 до 6 800 і продавці таких виробів не мали переваг перед іншими учасниками конкурсу. Заявник звернувся з відповідною пропозицією до держави, але йому було відмовлено. У липні 2013 р. ліцензія заявника на продаж тютюнових виробів втратила чинність відповідно до перехідних положень закону.

ЄСПЛ встановив, що цей захід порушував справедливий баланс інтересів заявника та суспільства. Зокрема, Суд звернув увагу на те, що:

- фінансовий тягар, який заходив на заявника, був важким;
- заявник не порушував закон;
- строк перехідного періоду був надмірно коротким: десять місяців з моменту прийняття закону та три місяці з моменту, коли заявник дізнався про те, що його заява на концесію не була прийнята, що не дало змоги заявникові належним чином пристосуватися до нових умов;
- процедура надання нових концесій була непрозорою та не підлягала судовому перегляду по суті;
- правила видачі концесій не брали до уваги вже існуючих ліцензій та фактично були розроблені для виключення невеличких операторів торгівлі тютюном, таких як заявник.

Наведене свідчить, що на ЄСПЛ, при ухваленні цього рішення, вплинула особлива думка судді Братза в *Bimer S.A.* (хоча він станом на 2015 р. вже покинув Суд): всі критерії, на які він у ньому посилався, знайшли своє відображення у позиції ЄСПЛ в *Vékony*. Але Суд пішов навіть далі – він встановив порушення, незважаючи на те що національний закон передбачав процедуру перехідного періоду. Він оцінив як сам період, так і процедуру і визнав їх такими, що поклали надмірний тягар на заявника. Отже, ЄСПЛ знову зробив крок до обмеження сфери дискреції держав порівняно з *Van Marle*: якщо б ці критерії застосовували до реформи бухгалтерських послуг у Нідерландах у 1972 р., можливо, ЄСПЛ дійшов би інших висновків.

Таким чином, ЄСПЛ, прирівнявши клієнтуру, створену у процесі господарської діяльності заявника, до “майна” у розумінні Р1-1 (можливість чого автори тексту Р1-1 навіть не уявляли) надав собі можливість переглядати обґрунтованість законодавчих актів, яким держава втручається в існування вже налагоджених бізнесів. ЄСПЛ, оцінюючи такі втручання, бере до уваги ступінь фінансових наслідків для відповідної особи; чи є застосування заходу до заявника результатом її незаконної діяльності; можливість заявнику передбачити зміну умов його роботи та наявність компенсуючих заходів, зокрема перехідного періоду для адаптації заявника до нових умов.

*Втручання у право власності загальними заходами:
українські справи*

Із трьох груп справ, описаних вище, ЄСПЛ щодо України ухвалив рішення щодо обмеження права власності та втручання у господарську діяльність. Справ щодо загальних заходів стосовно експропріації Суд ще не розглядав. Практика державних органів в Україні полягає у тому, що приватні особи позбавляються майна через непряму експропріацію за допомогою судових процесів зі скасування результатів приватизації, що відбувається не на підставі загальних заходів, а через *ad hoc* процедури подання прокуратурою позовів на користь тих чи інших державних органів або організацій проти чинних власників майна⁵⁷.

Справа щодо втручання у право власності – це *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*⁵⁸, яка стосувалася законодавчого мораторію на відчуження сільськогосподарської землі (далі – Мораторій). Відповідні законодавчі положення обмежували права розпоряджатися такими об'єктами приватної власності як земельні ділянки сільськогосподарського призначення, а саме забороняли їхнє відчуження у будь-який спосіб окрім передавання у спадок та набуття у будь-який спосіб окрім отримання ділянки у спадок.

ЄСПЛ розглянув скаргу двох заявників, пенсіонерів, що постійно проживали в містах, обидва успадкували земельні ділянки сільськогосподарського призначення від своїх батьків, які, зі свого боку, отримали землю в результаті розпаювання землі, що належала колишнім радянським колгоспам. Обидва заявники були власниками відносно невеликих ділянок, які розташовувалися у 300 та 50 км від відповідних місць їхнього проживання. Вони також були людьми похилого віку з поганим станом здоров'я, що, за їхніми твердженнями, перешкоджало їм самостійно обробляти землю або ефективно здавати її в оренду. Обидва заявники скаржилися, що законодавчі обмеження, що застосовувалися до їхньої землі, зокрема Мораторій, порушували їхнє право мирно володіти своїм майном, гарантоване Р1-1.

ЄСПЛ відтворив всю історію Мораторію, від його запровадження у 2001 р. до його останнього подовження у 2017 р. до 1 січня 2019 р. У пункті 21 рішення ЄСПЛ створив окрему таблицю із усіма законами щодо подовження Мораторію та підставами, які законодавець надавав (або не надавав) для кожного його нового подовження.

ЄСПЛ встановив порушення Р1-1 у частині справедливого балансу між інтересами суспільства та заявників, дійшовши висновку, що Мораторій накладає на заявників надмірний тягар.

⁵⁷ Див.: Ліщина (н 36) 5–11.

⁵⁸ *Zelenchuk and Tsytsyura v. Ukraine*, nos. 846/16 and 1075/16, 22 May 2018.

По-перше, ЄСПЛ визнав, що це відносно незвична справа щодо законів, які обмежують право власності: якщо в попередніх справах цієї категорії держави обмежували власників нерухомості у виборі орендарів та розмірі орендної плати, але не в можливості продажу майна, то у цій справі, навпаки, держава намагалася збільшити суму орендної плати та жодним чином не обмежувала право заявників на вибір орендарів. Але при цьому можливість відчуження майна була значним чином обмежена. Ця ситуація створить для Суду складнощі в розрахунку розміру компенсації.

ЄСПЛ вивчив історію запровадження і продовження Мораторію та зазначив, що первинний мораторій на продаж сільськогосподарської землі був обумовлений відсутністю прозорої системи реєстрації права на землю та необхідністю повного виділення паїв у земельні ділянки з оформленими правами власності. Ці процеси були завершені до 2009 р., але Мораторій так і не був скасований.

Із продовженням Мораторію, незважаючи на задекларовану мету впровадження ринку землі, замість послаблення обмеження прав власників законодавець, навпаки, посилює такі заборони. Причому постійні продовження мораторію призводять до його сприйняття *‘для всіх практичних цілей, як необмежений, незважаючи на кінцеві строки, що періодично встановлюються для розроблення законодавства, яке регулюватиме ринок землі та скасує мораторій’* (п. 118).

ЄСПЛ також вивчив підстави для встановлення і продовження Мораторію та взяв до уваги такі фактори:

– хоча Мораторій на початковому етапі свого існування міг бути обґрунтований необхідністю створення інфраструктури земельного ринку, після 2009 р. неприйняття законодавства щодо ринку землі та постійні продовження мораторію були безпідставними;

– необхідність боротьби із зuboжінням сільського населення як підстава продовження Мораторію не мала стосунку до ситуації заявників, які не жили в селі і для них саме нездатність продати землю створювала ризик зuboжіння;

– ціль попередження надмірної концентрацією землі досягалася вже існуючим на момент розгляду справи законодавством, включаючи податкове й обмеження категорій осіб, які мають право володіти; також проекти законів про ринок землі, які подавалися до Парламенту, передбачали додаткові запобіжники проти цього, включаючи максимально дозволений розмір землі у власності однієї особи;

– жодна інша країна Ради Європи не має у своєму законодавстві таких драконівських обмежень прав власників сільськогосподарської землі.

На цих підставах ЄСПЛ дійшов висновку, що *‘з огляду на те, що органи влади проголосили створення такого ринку своєю ціллю, наявність аль-*

тернативних рішень і відсутність наданих чітких підстав для неприйняття цих рішень, а також залишення в силі найбільш обмежувального рішення, повинні бути достатньо вагомими при оцінці пропорційності останнього' (п. 130).

ЄСПЛ також визначив, що заявники несли надмірний тягар у зв'язку з Мораторієм з огляду на: '(i) тривалість періоду, протягом якого діяли обмеження, які наразі досягли загалом сімнадцяти років, при цьому обмеження впливають особисто на першу заявницю та другого заявника більше ніж дванадцять та десять років відповідно <...>, (ii) широкий обсяг обмежень, за якого вони перешкоджають заявникам відчужувати їхню землю майже у будь-який спосіб та використовувати її з будь-якою іншою ціллю, крім сільського господарства, та (iii) загальний та негнучкий характер обмежень, які не підлягають жодному індивідуальному перегляду або виключенню <...>' (п. 140).

На підставі наведеного ЄСПЛ дійшов висновку, що держава-відповідачка вийшла за межі своєї широкої свободи розсуду у цій сфері та не забезпечила справедливого балансу між загальним інтересом суспільства та майновими правами заявників' (п. 148).

У цьому рішенні ЄСПЛ, як і в деяких інших рішеннях цього типу, присвятив частину тексту тому, яким чином він бачить його виконання. З одного боку, Суд вирішив не встановлювати суми справедливої сатисфакції. Він пояснив це тим, що за відсутності ринку сільськогосподарської землі він не може визначити вартість ділянок, що належать заявникам. Крім того, він звернув увагу на пояснення Уряду, що держава не обмежувала, а навпаки, намагалася забезпечити підвищення орендної плати власникам землі і що заявники та їхні пращури отримали землю безплатно. ЄСПЛ звернув увагу на те, що захід зачіпає інтереси багатьох осіб⁵⁹. Однак при цьому Суд зазначив, що 'якщо держава-відповідачка необґрунтовано затягуватиме прийняття необхідних заходів загального характеру з метою виконання рішення, з часом це може призвести до ситуації, коли присудження компенсації за статтею 41 може, зрештою, стати виправданним' (п. 157).

З другого боку, ЄСПЛ прямо вказав на необхідність прийняття заходів загального характеру для виправлення ситуації: '<...> держава-відповідачка має вжити належні законодавчі та/або інші заходи загального характеру з метою забезпечення справедливого балансу між інтересами власників земель сільськогосподарського призначення, з одного боку,

⁵⁹ Тут Суд вочевидь має на увазі свій прикрий досвід з українськими справами щодо невиконання судових рішень, коли сплата навіть невеличкої за мірками ЄСПЛ суми компенсації моральної шкоди призвела до масових звернень українських громадян, які Суд технічно не міг обробити і був змушений прийняти безпрецедентне рішення *Burmuch and Others v. Ukraine ((striking out))* [GC], nos. 46852/13 et al., 12 October 2017), яким він передав обов'язок розв'язання проблеми Комітет Міністрів Ради Європи (далі – КМРЕ) та Уряду.

та загальними інтересами суспільства, з другого боку, відповідно до принципу захисту майнових прав за Конвенцією <...>. Рішення Суду не слід розуміти як таке, що зобов'язує невідкладно запровадити необмежений ринок земель сільськогосподарського призначення в Україні' (п. 150).

Треба зазначити, що Верховна Рада України у цій справі продемонструвала високу ефективність у виконанні *Zelenchuk*, на відміну від Конституційного Суду України, який у 2018 р. двічі (один раз вже після ухвалення *Zelenchuk*) не спромігся відкрити конституційне провадження щодо конституційності Мораторію за поданнями народних депутатів.

Цікаво, що *Zelenchuk* отримало відносно широке визнання в українському політикумі: про необхідність його виконання говорили не тільки прихильники ринку землі, а й ті, хто виступав за збереження Мораторію. Зокрема, 18 грудня 2018 р. відбулося засідання Комітету з питань аграрної політики Верховної Ради України, на якому обговорювалися проекти Закону України "Про внесення змін до розділу Х 'Перехідні положення' Земельного кодексу України щодо продовження заборони відчуження земель сільськогосподарського призначення"⁶⁰. На ньому у виступах на користь продовження Мораторію до проведення всеукраїнського референдуму щодо ринку землі було запропоновано надати можливість особам, які не можуть самостійно обробляти землю, продати свої ділянки державі за "європейськими цінами". Можна поставити під сумнів, наскільки таке виконання *Zelenchuk* відповідало б практиці ЄСПЛ за Р1-1, чи було б економічно доречним, але сам факт його висловлення демонструє повагу до рішення ЄСПЛ із боку навіть прибічників Мораторію⁶¹.

З точки зору виконання *Zelenchuk* не можна не вітати те, що 10 жовтня 2019 р. групою народних депутатів був внесений у Верховну Раду України законопроект № 2178-10 "Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення"⁶², який згодом стане законом. Відповідно до пояснювальної записки:

<...> земельний мораторій обмежує конституційне право власності на землю. Громадяни України, які відчувають негативний вплив такого обмеження конституційного права на землю, намагаються захистити порушене право у судах, в тому числі і у Європейському суді з прав людини. 22 травня 2018 року Суд ухвалив рішення за зверненням двох громадян

⁶⁰ За результатами цього засідання КМРЕ рекомендував Верховній Раді України проєкт Закону, поданий народними депутатами України О. Бакуменком та іншими (від 4 грудня 2018 р. № 9355-5) прийняти за основу та в цілому як Закон. Це буде історично останнє продовження Мораторію на рік.

⁶¹ 'Комітет з питань аграрної політики рекомендує прийняти за основу та в цілому як Закон проєкт Закону про внесення змін до "Перехідних положень" Земельного кодексу щодо продовження заборони відчуження сільськогосподарських земель (відео)' <<https://www.rada.gov.ua/news/Novyny/166091.html>> (дата звернення: 21.01.2021).

⁶² Проєкт Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення від 10 жовтня 2019 р. № 2178-10 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=2178-10&skl=10> (дата звернення: 21.01.2021).

України, яким визнав мораторій таким, що порушує їх права, передбачені статтею 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини та фундаментальних свобод, а також виніс припис щодо вжиття урядом України у розумні строки необхідних законодавчих заходів щодо скасування заборони на відчуження земель сільськогосподарського призначення чи істотного зменшення його негативного впливу на правовий статус громадян-власників сільськогосподарських земель⁶³.

Отже, цей законопроект безпосереднім чином був спрямований на виправлення ситуації, констатованої в рішенні *Zelenchuk*. Відповідно до Закону № 552-ІХ, прийнятого 31 березня 2020 р., з 1 липня 2021 р. в Україні буде відкрито ринок сільськогосподарської землі. Коло потенційних власників буде обмежено спочатку громадянами України, також встановлені обмеження на загальний обсяг землі у власності однієї особи. Утім, цей закон являє собою виконання заходів загального характеру, які вимагалися Судом у рішенні у справі *Zelenchuk*, причому швидкість їхнього прийняття приємно вражає: *Zelenchuk* ухвалене 22 травня 2018 р., набуло чинності 22 серпня 2018 р., законопроект № 2178-10 поданий 10 жовтня 2019 р., прийнятий Верховною Радою України 31 березня 2020 р., підписаний Президентом 28 квітня 2020 р., Мораторій припиняється 1 липня 2021 р. Отже, законодавство на виконання рішення ЄСПЛ було прийнято протягом двох років після його ухвалення і воно має бути повністю виконано до завершення трирічного періоду від набуття чинності.

Ця швидкість досить вражаюча не тільки порівняно з іншими системними проблемами, констатованими в Україні, а й з іншими країнами Ради Європи, щодо яких ЄСПЛ ухвалював аналогічні рішення:

– *Ghigo* було прийнято Судом у вересні 2006 р., але в рішенні КМРС від 5–7 червня 2018 р. констатовано, що рішення Суду станом на 2018 р. повністю не виконано⁶⁴;

– *Statileo* прийнятий ЄСПЛ у липні 2014 р., закон, який має виправити ситуацію, прийнято в липні 2018 р., але свої квартири заявники зможуть повернути собі до вересня 2023 р.⁶⁵;

– *Lindheim* було прийнято в червні 2012 р., тимчасові заходи на виправлення системної проблеми, констатованої в рішенні, були запрова-

⁶³ Пояснювальна записка до проекту Закону України № 2178-10 “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення” <w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=8&pf3511=67059&pf35401=504684> (дата звернення: 21.01.2021).

⁶⁴ *Arap Bologna group v. Malta* (Application No. 46931/12), 1318th meeting, 5–7 June 2018 (DH), CM/Del/Dec(2018)1318/H46-13.

⁶⁵ *Statileo group v. Croatia* (Application No. 12027/10), 1331st meeting, 4–6 December 2018 (DH), CM/Notes/1331/H46-8.

джені в липні 2015 р.⁶⁶, нагляд КМРЄ був повністю закритий 30 березня 2016 р.⁶⁷.

Швидкість у прийнятті зазначеного закону, вочевидь, була помічена й ЄСПЛ, який станом на грудень 2020 р. не застосував своєї погрози з п. 157 *Zelenchuk* і не почав призначати справедливу сатисфакцію заявникам в аналогічних справах⁶⁸.

Другим і, на щастя, останнім на сьогодні рішенням ЄСПЛ щодо порушення права власності законодавчими актами стосовно України, є рішення у справі *Svit Rozvag, TOV and Others v. Ukraine*⁶⁹, яке стосується законодавчого втручання у бізнес заявників. Заявники – суб'єкти господарювання, які до 2009 р. займалися організацією азартних ігор на підставі відповідних ліцензій – скаржилися на порушення Р1-1 у зв'язку з прийняттям Верховною Радою України Закону України “Про заборону грального бізнесу”⁷⁰. Закон передбачав заборону грального бізнесу та участі в азартних іграх і скасування вже виданих ліцензій на провадження діяльності з організації та проведення азартних ігор.

Закон було прийнято з подоланням вето Президента України. Останнє супроводжувалося пропозиціями Президента, в яких останній, зокрема, вказував на те, що Закон передбачав дострокове, без порушення ліцензіатом ліцензійних умов, скасування ліцензій без відшкодування їхньої вартості та мав призвести до значних збитків організаторів ігор, пов'язаних із негайною заборонаю їхньої діяльності⁷¹. Причому на момент прийняття закону господарська діяльність заявників у цій сфері вже була зупинена постановою Кабінету Міністрів України. Сам закон передбачав розроблення останнім законодавства щодо спеціальних гральних зон, чого не було виконано ані в тримісячний термін, вказаний у документі, ані взагалі будь-коли.

ЄСПЛ ухвалив досить передбачуване рішення щодо порушення права власності заявників зазначеним законом, який становив непропорційне втручання у право, передбачене в Р1-1. Він послався на такі обставини:

– заявники мали право очікувати, що вони зможуть продовжити свою господарську діяльність, принаймні до кінця дії їхніх ліцензій (п. 173), особливо зважаючи на те, що політика держави прямо заохочувала їх інвестувати додаткові кошти в їхній бізнес (п. 178), а також на вказівку

⁶⁶ *Lindheim and others against Norway* (Application No. 13221/08), 1236th meeting, 24 September 2015 (DH), CM/Del/Dec(2015)1236/12.

⁶⁷ *Lindheim and others against Norway* (Application No. 13221/08), 1252nd meeting, 30 March 2016 (DH), CM/ResDH(2016)46.

⁶⁸ Див. останнє станом на грудень 2020 рішення ЄСПЛ щодо Мораторію *Sayevych and Koval v. Ukraine*, nos. 64547/19 and 11649/20, § 12, 26 November 2020.

⁶⁹ *Svit Rozvag, TOV and Others v. Ukraine*, nos. 13290/11 and 2 others, 27 June 2019.

⁷⁰ Про заборону грального бізнесу: Закон України від 15 травня 2009 року № 1334-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1334-17#Text>> (дата звернення: 21.01.2021).

⁷¹ Пропозиції Президента України до проекту Закону “Про заборону грального бізнесу” № 4268 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=34855> (дата звернення: 21.01.2021).

в законі про заборону на те, що він є тимчасовим заходом, який має бути згодом замінений на гральні зони, що не було дотримано (п. 175);

– ліцензії було скасовано не в зв'язку з учиненням заявниками або їхніми працівниками будь-яких правопорушень (п. 174);

– орган законодавчої влади не вжив урівноважуючих заходів, зокрема, не навів жодних підстав для застосування найбільш обмежувальної політики повної заборони, ба більше, відповідна законодавча пропозиція не пройшла жодного повноцінного експертного аналізу (п. 176);

– перехідний період у законі теоретично становив 40 днів із моменту його прийняття Верховною Радою України, що було очевидно замало⁷², але на практиці заявники не мали й його, бо дія їхніх ліцензій була на момент набуття чинності закону зупинена заходом, який сам собою порушував Р1-1. Це було особливо неприйнятно з огляду на те, що політика стосовно подальшої долі грального бізнесу стрімко змінилася з політики більш жорсткого регулювання на повну заборону всього за два місяці (п. 177);

– закон не передбачив жодної грошової компенсації або будь-яких інших компенсаційних заходів, включаючи прямі витрати, зокрема плати за ліцензію, яка сплачувалася наперед (п. 179).

Зазначені вище висновки ЄСПЛ є легко передбачуваними з огляду на особливу думку судді Бацза в *Bimer S.A.* та рішення Суду в *Vékony*. При цьому ЄСПЛ використав *Svit Rozvag* для того, щоб кристалізувати стан своєї практики щодо такої категорії, чітко сформулювавши критерії оцінки пропорційності втручання: 1) очікування заявників з огляду на поведінку держави щодо можливості продовження своєї діяльності; 2) відсутність порушень умов ведення бізнесу; 3) проведення процедури балансування інтересів суспільства та осіб, які страждають від заходу; 4) наявність перехідного періоду; 5) наявність компенсації збитків. Суд, встановивши порушення Р1-1, призначив відносно значну суму компенсації в розмірі 512 414 євро на трьох заявників.

Важливим у цьому рішенні, на нашу думку, є те, що захід, який очевидним чином втручався у права та законні інтереси багатьох людей (не тільки організаторів ігор, а й їхніх працівників та членів сімей – наприклад, тільки в одного із заявників у справі працювало 256 осіб) приймаються у надшвидкому режимі, без серйозної експертизи наслідків і всупереч голосу розуму, роль якого у цій справі відіграли пропозиції Президента, які супроводжували накладання вето. Маємо визнати, що Україні як державі просто пощастило, що до ЄСПЛ звернулося тільки три особи, які постраждали внаслідок дії Закону України “Про заборону

⁷² ЄСПЛ послався на справу *Vékony*, в якій він визнав перехідний період у десять місяців занадто коротким.

грального бізнесу” і сума компенсацій не сягнула мільйонів євро⁷³, а також що ЄСПЛ вирішив не призначати компенсацію постраждалим від Мораторію⁷⁴ та й досі не почав цього робити.

З огляду на такі фінансові ризики вважаємо за необхідне запропонувати значно підсилити експертний аналіз законопроектів, які пропонуються для прийняття Верховною Радою України саме з точки зору можливих порушень майнових прав приватних осіб у разі прийняття того чи іншого законопроекту. Такий аналіз має включати як суто правову оцінку запропонованого заходу, крізь призму ст. 41 Конституції України, Р1-1 та відповідних угод про взаємний захист інвестицій, так і фінансово-економічну оцінку, зокрема потенційних витрат держави на виплати за рішеннями ЄСПЛ і міжнародних інвестиційних арбітражів.

Висновки. Аналіз тексту Р1-1 та *Travaux Préparatoires* до неї показує, що автори статті, побоюючись того, що ЄСПЛ отримає повноваження переглядати соціально-економічну політику їхніх країн, що тим чи іншим чином втручається у право власності, відтворили в тексті Р1-1 соціал-демократичне розуміння права власності, залишаючи ЄСПЛ повноваження переглядати тільки наявність публічного інтересу та законність позбавлення майна та прямо забороняючи будь-який перегляд заходів регулювання власності. Єдиним помітним елементом лібералізму в Р1-1 є тільки сам собою факт включення права власності в Конвенцію.

Однак ЄСПЛ двома рішеннями, прийнятими на початку 1980-х років, повністю змінює ландшафт захисту права власності. Фактично *Sporrong* та *James* формують структуру тлумачення Р1-1, яке застосовується Судом досі. ЄСПЛ своєю практикою значно модифікував текст другого речення першого абзацу Р1-1, додавши до формули оцінки позбавлення майна елемент пропорційності заходу та надавши собі можливість оцінювати пропорційність заходів регулювання майна, передбачених другим абзацом Р1-1. Крім того, пропорційність позбавлення майна Суд оцінюватиме через призму сплати компенсації за втрачене майно та його розміру.

Озброєний таким новим прочитанням Р1-1, ЄСПЛ поступово та з початку обережно починає робити саме те, що хотіли завадити автори її тексту – переглядати та оцінювати закони держав-членів на відповідність вимогам захисту права власності в ліберальному її розумінні. Зокрема, ЄСПЛ розглядає політику держав у таких категоріях справ: 1) справи стосовно розміру компенсації при експропріації; 2) справи стосовно

⁷³ Наразі в арбітражному трибуналі UNCITRAL розглядається справа *Olympic Entertainment Group AS (Estonia) v. Republic of Ukraine* (PCA Case No. 2019-18) на підставі Угод між Урядом України та Урядом Естонської Республіки про сприяння та взаємний захист інвестицій (рішення нині не прийнято).

⁷⁴ Навіть символічна за мірками ЄСПЛ компенсація моральної шкоди в розмірі 100 євро кожному заявнику загрожувала б країні потенційними витратами в розмірі понад 700 млн євро з огляду на кількість власників паїв – понад 7 млн осіб.

часткових обмежень прав власності; 3) справи стосовно зміни режиму регулювання окремими галузями бізнесу.

ЄСПЛ у своїй практиці щодо загальних заходів з експропріації майна виходить із загального правила необхідності компенсації у разі відібрання майна в особи та визначення її розміру на основі ринкової вартості. Виключення з цього правила на підставі необхідності встановлення “соціальної справедливості” та “економічних реформ” мають бути саме виключеннями, які держави повинні відповідним чином обґрунтовувати, зокрема зважаючи на часові межі їхнього застосування. Тому випадки застосування таких виключень є поодинокими. У державах є дещо ширша сфера дискреції при визначенні того, що саме вважати “ринковою вартістю”, але при цьому має застосовуватися індивідуальний підхід до кожного власника – встановлення у законі загальних презумпцій, які знижують вартість майна порівняно з ринковою, імовірно за все, не буде підтримане Судом.

Щодо заходів регулювання майна, то почавши з надання державі широкої сфери дискреції у цій сфері у процесі соціально-економічних реформ через прийняття загальних заходів у *Mellacher*, що було кроком вперед, порівнюючи з текстом P1-1 і намірами його авторів, ЄСПЛ поступово звужив цю дискрецію, запровадивши “правомочність” (*entitlement*) власника отримувати прибуток від свого майна та принцип, що при проведенні соціально-економічних реформ фінансовий тягар не може покладатися виключно на одну конкретну соціальну групу.

Крім того, ЄСПЛ, прирівнявши клієнтуру, створену у процесі господарської діяльності заявника, до “майна” в розумінні P1-1 (можливість чого автори тексту навіть не уявляли) надав собі можливість переглядати обґрунтованість законодавчих актів, яким держава втручається в існування вже налагоджених бізнесів. ЄСПЛ, оцінюючи такі втручання, бере до уваги ступінь фінансових наслідків для відповідної особи; чи є застосування заходу до заявника результатом її незаконної діяльності; можливість заявнику передбачити зміну умов його роботи та наявність компенсуючих заходів, зокрема перехідного періоду для адаптації заявника до нових умов.

Нині ЄСПЛ ухвалив тільки два рішення щодо порушення Україною P1-1 через прийняття законодавчих актів, що непропорційним чином втручаються у право власності. Загальна сума витрат, пов’язана з такими рішеннями, – близько 0,5 млн євро – є відносно невеликою, порівняно з потенційними сумами сатисфакції, які ЄСПЛ міг би присудити в цих справах. Але ризик виникнення нових рішень Суду проти України у цій категорії справ залишається високим допоки в процедурі законотворчої діяльності існує прогалина в оцінці ризиків порушення відповідною політикою майнових прав приватних осіб. З огляду на це вважаємо за

необхідне запропонувати значно підсилити експертний аналіз законопроектів саме з точки зору можливих порушень майнових прав приватних осіб у разі прийняття того чи іншого законопроекту. Такий аналіз має включати як суто правову оцінку запропонованого заходу, крізь призму ст. 41 Конституції України, Р1-1 та відповідних угод про взаємний захист інвестицій, так і фінансово-економічну оцінку, зокрема потенційних витрат держави на виплати за рішеннями ЄСПЛ і міжнародних інвестиційних арбітражів.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Marguenaud J-P, *La Cour europeenne des Droits de l'Homme* (Daloz 2005) (in French).

Edited books

2. Schabas W A, 'Ireland, European Convention on Human Rights and Personal Contribution of Sean McBride' in *Human Rights, Democracy and Transition: Essays in Honour of Stephen Livingstone* (Oxford University Press 2006) (in English).

Journal articles

3. Allen Tom, 'Liberalism, social democracy and the value of property under the European Convention on Human Rights' [2010] 59 (4) *International and comparative law quarterly* 1056–60 (in English).
4. Lishchyna I, 'Problema nevykonannya sudovykh rishen yak porushennia prava vlasnosti u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. Ukrainskyi aspekt. Vid Hornsby do Ivanov' (2020) 3 *Pravo Ukrainy* 233–55 (in Ukrainian).
5. Lishchyna I, 'Problema nevykonannya sudovykh rishen yak porushennia prava vlasnosti u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. Ukrainskyi aspekt. Vid Ivanov do Burmych' (2020) 4 *Pravo Ukrainy* 189–215 (in Ukrainian).
6. Lishchyna I, 'Skasuvannia derzhavoiu prava vlasnosti: pohliad Yevropeiskoho sudu z prav liudyny' (2017) 3 *Visnyk Natsionalnoi akademii prokuratury Ukrainy* 5–11 (in Ukrainian).
7. Lishchyna I, 'Skasuvannia ostatochnykh sudovykh rishen yak porushennia prava vlasnosti u praktytsi Yevropeiskoho sudu z prav liudyny ta suchasnyi stan problemy v ukrainskomu sudochnstvi' (2019) 11 *Pravo Ukrainy* 256–271 (in Ukrainian).
8. Lishchyna I, 'Vtruchannia u pravo vlasnosti fiskalnymy zakhodamy. Pidkhody ta praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny (prodovzhennia statti u nastupnomu nomeri zhurnalu)' (2020) 5 *Pravo Ukrainy* 207–34 (in Ukrainian).
9. Lishchyna I, 'Vtruchannia u pravo vlasnosti fiskalnymy zakhodamy. Pidkhody ta praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny (prodovzhennia statti, opublikovanoi u № 5/2020)' (2020) 6 *Pravo Ukrainy* 210–33 (in Ukrainian).

VIOLATION OF THE RIGHT TO PROPERTY
BY WAY OF LEGISLATIVE ACTS, ADOPTED IN THE COURSE
OF SOCIAL-ECONOMIC POLICY OF THE STATE.
THE VIEW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ABSTRACT. The Article examines the development of the case-law of the European Court of Human Rights (“ECtHR” or the “Court”) concerning complaints of the applicants against the interference of the States into their rights, provided for in Article 1 of Protocol 1 to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (“P1-1”) by way of adoption of laws, whereby they were deprived of possessions or which introduced measures, limiting the ownership, use and disposition of the possessions or interfered with the business activities of the applicants.

The Article examines the development and the current state of the case-law of the ECtHR regarding the violation of the property rights by way of introduction of the measures, which, according to the States are supposed to protect a public interest. This research is aimed at the establishment of the principal factors, which ECtHR takes into account when considering the cases of this type, analysis of the judgments of this kind, issues against Ukraine and development of the proposals for prevention of risks of adoption of the decisions, that are likely to be found by the ECtHR incompatible with P1-1 in the future.

As of today the ECtHR has so far adopted only two judgments regarding the violations by Ukraine of P1-1 by way of adoption of legislative acts, that disproportionately interfered with the right to property. The total amount of expenses, related to these judgments – around EUR 0,5 mln – is relatively insignificant compared to the amounts of potential just satisfaction, the ECtHR could have awarded in these cases. However, the risk of appearance of new judgments of the ECtHR against Ukraine in this category of cases remains high as long as the procedure of legislative activity lacks the assessment of risks that the relevant policy would breach the property rights of private persons. This said we believe that there is a need to significantly strengthen the expert analysis of the bills specifically from the point of view of the potential violations of the property rights of private persons in case of their adoption. Such analysis should include not only legal assessment of the measure against the requirements of Art. 41 of the Constitution of Ukraine, P1-1 and the relevant bilateral investment treaties, but also the financial-economic valuation, of, e. g. potential expenses of the State, related to the payment of compensation, that may be awarded by the ECtHR and investment arbitral tribunals.

KEYWORDS: Article 1 of the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; peaceful possession; control to use the property; compensation; business regulation.